Die
formellen Willenserklärungen
im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt

von

Dragoljub Arangjelowitsch
aus Serbien.

ROSTOCK
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904.

Inhalt.

Literatur.

I. Allgemeine Betrachtungen.

§ 1. Formfreie und formelle Willenserklärungen

§ 2. Formzwang und Formfreiheit. Vorteile und Nachteile der Form

§ 3. Die gesetzgeberischen Motive bei Einführung des Formzwanges. Verwertung der Form

II. Die Form im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 4. Einleitung

§ 5. Die einfache Schriftform

A. Durch Gesetz bestimmte Schriftform

Namensunterschrift

Handzeichen

Die Zahl der aufzunehmenden Urkunden

B. Durch Rechtsgeschäfte bestimmte Form

Telegraphische Übermittelung

Briefwechsel
Nachträgliche Beurkundung
Ersatz der schriftlichen Form durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung
§ 6. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung
A. Beteiligte
B. Mitwirkende
C. Das Protokoll
§ 7. Abschluss eines Vertrages vor Gericht oder einem Notar
§ 8. Die öffentliche Beglaubigung
§ 9. Öffentliche Urkunde
§ 10. Folgen der Formvernachlässigung
§ 11. Heilung des Formmangels durch Erfüllung

Litteratur.

Arnold: In Jagemann's „Gerichtssaal", 1854.

Bekker: Das Recht des Besitzes.

Brunner: Verhandlungen des XXII., 4. Deutschen Juristentages.

Brückner: In der Zeitschrift „Das Recht", 1900 S. 342.

Cassel: Die Form der Rechtsgeschäfte im Gebiete des ALR., 1893.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1900 ff.

Dernburg: Pandekten, 7. Aufl., 1902.

Dernburg: Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 1902.

Dernburg: In der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1904, S. 5.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Dove: Verhandlungen des XXII., 1. Deutschen Juristentages.

Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Leonhard, 1903.

Endemann: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1903.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1901.

Franck: In der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1902, S. 198.

Francken: Lehrbuch des Deutschen Privatrechts.

Fraenkel: Jherings Jahrbücher, XXIV. Bd., 1886.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis, 6. Aufl.

Gareis: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches 1900.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt nach der Legalordnung des allgemeinen Landrechts, 1900.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, 2. nach dem System des bürgerlichen Gesetzbuches bearbeitete Auflage, 1901.

Hachenburg: Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl., 1900.

Hess: Jherings Jahrbücher, XXVI. Bd., 1888.

Heusler: Institution des deutschen Privatrechts, 1885.

Heuer: In der deutschen Juristenzeitung, 1900, S. 498.

Hölder: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.

Huther: In der deutschen Juristenzeitung, 1903. S. 292.

Jastrow: Die freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1900.

Jhering: Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abteilung, 5. Aufl.

Josef: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 94.
Juristische Wochenschrift, 1900, 1902, 1904.
Klöppel: Gruchott's Beiträge, Bd. XXXII. S. 638.
Kuchert: Ein Beitrag zur Lehre von der Wechselunterzeichnung, Diss. Rostock, 1903.
Lehmann: Die Unterschrift im Tatbestande der schriftlichen Willenserklärung. Diss. Bonn, 1904.
Lesse: In der deutschen Juristenzeitung, 1903.
Liebenthal: In der deutschen Juristenzeitung, 1900. S. 277.
Lobe: Die Form der Rechtsgeschäfte, 1900.
Loewe: Die Form der Rechtsgeschäfte. Diss. Rostock, 1899.
Martens: In der Zeitschrift Das Recht, 1900, S. 10.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1900.
Michels: In der deutschen Juristenzeitung, 1903, S. 141.
Meyer: Die Schrift in ihrer Bedeutung nach preussischem Recht.
Motive zum Entwurfe eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.
Müller: In der deutschen Juristenzeitung, 1900, S. 497, 498.
Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechtes. 2. Jahrgang 1901.
Pfirstinger: Zeitschrift für das Notariat in Bayern, 1900, S. 22.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1903.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Rausnitz: Das Reichsgesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1900.

Regelsberger: Pandekten, 1893.

Reining: Welches ist die Bedeutung der Form in den vermögensrechtlichen Geschäften? Erlangen, Diss., 1896.

Rotmann: Die Form der Rechtsgeschäfte im BGB. Diss., Marburg, 1903.

Savigny: System des heutigen römischen Rechts, 1840.

Scherer: Kommentar des BGB.

Scherer: Das erste Jahr des bürgerlichen Gesetzbuches.

Scherer: In dem juristischen Archiv für Elsass-Lothringen, Jahrgang 26.

Schröder: Deutsche Rechtsgeschichte 2. und 4. Aufl., 1902.

Schneider: Textausgabe des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1898.

Strübe: In der badischen Rechtspraxis, 1902. S. 297.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 8. Aufl., 1900.

Staub: In der deutschen Juristenzeitung, 1900, S. 338.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 1904.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts.

Tränkner: Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch (Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht, Bd. VII, S. 321—358).

Verhandlungen des X. Deutschen Juristentages.
Völderndorff: Die Form der Rechtsgeschäfte.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen, 2. Jahrgang, 1904.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1900.
Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1900.

I. Allgemeine Betrachtungen.

§ 1.

Formfreie und formelle Willenserklärungen.

Für das Recht kommt der menschliche Wille nur dann in Betracht, wenn er der Aussenwelt kundgegeben ist. Solange der Wille im Innern des Menschen verborgen liegt, kann er Gegenstand der religiösen und ethischen Betrachtung sein; für das Rechtsgebiet hat es keine Bedeutung, ob der menschliche Wille auf das Gute oder auf das Böse gerichtet ist. Um also rechtlich beachtet zu werden, muss jeder menschliche Wille der Aussenwelt auf irgend welche Weise erklärt werden. Die Art und Weise der Willenserklärung, das Mittel, wodurch der menschliche Wille aus dem Innern des Menschen in die äussere Welt gesetzt wird, nennt man Form der Willenserklärung. Demnach ist diese die äussere Gestalt, in welcher sich der menschliche Wille der Aussenwelt darstellt.

Sehr verschieden sind die Formen, in welchen der rechtliche Wille geäussert werden kann. Worte, Handlungen, Unterlassungen, Zeichen, Schrift dienen zur Mitteilung des Willens an die äussere Welt. Immerhin muss dieselbe in irgend einer Form

geschehen, und von diesem Standpunkte aus betrachtet wären alle Willenserklärungen als formelle zu bezeichnen. Wenn trotzdem von einem Gegensatz der formellen und formfreien Willenserklärungen gesprochen wird, so sind dies nicht durch die Natur der Dinge gegebene, sondern durch die Bestimmungen des positiven Rechts geschaffene Begriffe.

Den Menschen kann freigelassen werden, ihren rechtlichen Willen in beliebiger Form auszudrücken. Wenn jede dieser Formen vom positiven Recht anerkannt wird, wenn dasselbe der in irgend welcher Weise ausgedrückten Willenserklärung diejenige Wirkung beimisst, die der Erklärende bei Vornahme derselben dem Gesetz entsprechend vor Augen hatte, dann liegt eine „formfreie“ [1] Willenserklärung vor. Umgekehrt, kann das positive Recht vorschreiben, dass der Wille nur in der von ihm angeordneten Form erklärt werden muss und von Beobachtung dieser Form der Willenserklärung die Gültigkeit oder Klagbarkeit des Rechtsgeschäftes abhängig machen. Das Erfordernis der Form für eine Willenserklärung kann sich auch auf die Beweisbarkeit des Rechtsgeschäftes beziehen, so dass die gerichtliche Geltendmachung des Rechtsgeschäfts nur durch gewisse Beweismittel gestattet ist; auf diese Weise erzwingt man mittelbar die Erklärung des Willens in vorgeschriebener Form. In allen diesen Fällen, wo der Erklärende um den Preis der Rechtswirk-

1) Ich ziehe die Ausdrücke „formfreie“ und „formelle“ Willenserklärungen denjenigen der „formfreien“ und „formellen“ Rechtsgeschäfte als genauere vor. Vgl Regelsberger I S. 494, Endemann I S. 299 Anm. 1.

samkeit der Willenserklärung gezwungen wird, die Erklärung des Willens in vorgeschriebener Form vorzunehmen, liegt eine „formelle“ Willenserklärung vor.[2] Es ist sehr treffend die Definition Jherings: „Das formelle Rechtsgeschäft lässt sich mithin definieren als dasjenige, bei dem sich die Nichtbeachtung der rechtlich erforderlichen Form der Willensäusserung im Rechtsgeschäft selber rächt“.[3]

Die formellen Willenserklärungen im technischen Sinne des Ausdrucks sind nicht zu verwechseln mit denjenigen, die von den Parteien freiwillig in einer gesetzlich vorgeschriebenen Form abgegeben

2) Es kommen in der Litteratur auch die Ausdrücke „feierliche“, „förmliche“, „solenne“ Willenserklärungen vor. Ohne inneren Grund und unklar ist die Unterscheidung von Völderndorff, § 10, in a) „unfeierliche“, „freie“, b) „bestimmt-formelle“ und c) „feierliche“, „solenne“ Rechtsgeschäfte. Zwischen „bestimmtformellen“ und „solennen“ Rechtsgeschäften besteht gar kein Unterschied. Ich kann auch seinen Ausführungen (S. 14 ffg.), dass „der Wille sich erst vollkommen bestimmt, indem er sich erklärt; derselbe gewinnt rechtliche Vollendung erst mit der Erklärung; der nicht erklärte Wille ist ein rechtlich unbestimmter Wille; der Moment der Perfektion der Willensbestimmung fällt in den Moment der vollzogenen Willenserklärung“, — nicht beitreten. Es ist richtig, dass die Willensbestimmung, solange sie nicht erklärt ist, rechtlich nicht existiert, nicht beachtet wird, dass sie also einer Form bedarf, um vom Recht beachtet zu werden. Aber trotzdem entspricht nicht der Entstehung der Willenserklärung die Behauptung, dass sich der Wille erst mit der Erklärung vollständig bestimmt. Bei jeder Willenserklärung geschieht folgendes: Ich habe einen Willensentschluss gefasst, ich weiss, vorläufig nur für mich, was ich will, und indem ich diesen perfekten Willensentschluss in irgend welcher Form erkläre, setze ich dadurch die Aussenwelt von meinem Entschluss in Kenntnis. Die Form der Willenserklärung perficiert den Willensentschluss nicht, sondern dient dazu den schon perfekten Willensentschluss der Aussenwelt mitzuteilen. — Wie Völderndorff so auch Reining mit denselben Gründen.

3) Ihering II 2 S. 474.

werden. Wenn das Gesetz für die Form der Abgabe einer Willenserklärung keine besonderen Vorschriften trifft, der Partei also frei steht, sich jedes Ausdrucksmittels zu bedienen und sie sich bei Abgabe einer Willenserklärung einer für eine andere Willenserklärung unbedingt notwendigen Form bedient, so wird dadurch die Willenserklärung nicht eine formelle. Denn diese wäre auch dann rechtswirkam, wenn sie nicht in der gewählten, sondern in beliebig anderer Form erfolgte. Schreibt das Gesetz für eine Willenserklärung nicht vor, dass sie schriftlich erfolgen soll und wird sie schriftlich abgegeben, so ist sie trotzdem nicht eine formelle geworden, sondern formfreie geblieben, ebenso wie wenn sie mündlich, durch Zeichen oder stillschweigend abgegeben worden wäre. Der gesetzliche Zwang, den rechtlichen Willen in gewisser Form zu erklären, macht die Willenserklärung zu einer formellen, nicht die Form selbst.

Wie das Gesetz für die Erklärung des rechtlichen Willens eine bestimmte Form verlangt, so können auch die Parteien bei einem Rechtsgeschäft vereinbaren, dass gewisse Willenserklärungen, die sie einander abzugeben haben, in bestimmter Form erfolgen sollen, z. B. schriftlich. Infolge dieser Vereinbarung aber, mag sie für die Parteien noch so wichtig sein und von der Einhaltung der Form sogar die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts abhängen, wird die Willenserklärung nicht eine formelle, denn die vereinbarte Form war nicht gesetzlich notwendig.[4]

4) Ich halte daran fest, dass nur der gesetzliche Zwang die beste Grundlage für die Unterscheidung der Willenserklärungen in formelle und formfreie bildet. Sonst wäre der Begriff der

§ 2.

Formzwang und Formfreiheit. Vorteile und Nachteile der Form.

A. Im vorigen Paragraphen wurde angedeutet, dass vom positiven Recht die Beobachtung gewisser Formen, in welchen der rechtliche Wille erklärt werden muss, vorgeschrieben sind. Solche positivrechtlich angeordnete Formen finden sich bei jedem Volke, auf jeder Stufe seiner Rechtsentwickelung. Manche von ihnen verdanken ihre Entstehung nicht nüchternen juristischen Erwägungen, sondern sind das Produkt der regen Phantasie der jugendlichen Völker oder des tätigen Formsinnes des Volkes, welcher auf dem Gebiete des Rechts so günstige Befriedigung gefunden hat, die meisten aber sind dem praktischen rechtlichen Bedürfnisse entsprungen.[1] Dies gilt in erster Reihe von der Schriftform, die als letzte in das Rechtssystem eingeführt wurde, als die alten, oft dramatischen Formen längst aufgegeben waren, als die Symbole der aufgeklärten Zeit als

---

beiden Arten ein verschwommener. Endemann I 5. Auflage, S. 269 schreibt: „Das Rechtsgeschäft ist ein formelles, wenn für die erforderliche Willenserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben ist. Dies kann durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäfte festgestellt werden.“ Danach wären als formelle auch diejenigen Willenserklärungen zu bezeichnen, die in der von den Parteien vereinbarten Form zu erfolgen haben. Diese Ansicht hat Endemann selbst in den folgenden Auflagen aufgegeben.

1) Ihering S. 504 („naive“ Formen), Heusler I S. 69 fg., der die Meinung vertritt, dass die Formen vom Priesterstande, welcher der Hüter des Rechts in der Jugendzeit des Volkes ist, geschaffen worden sind. Savigny III S. 238 fg., Franken S. 129, Stobbe-Lehmann III § 210.

unverständlich und überflüssig erschienen,[2] die Zeugenaussagen immer unzuverlässiger wurden, und bis auf den heutigen Tag hat sich ihre Brauchbarkeit erwiesen, sodass sie in den modernen Gesetzgebungen den wichtigsten Platz unter den gesetzlichen Formen einnimmt.

Die Entscheidung der Frage, ob durch Gesetz für die rechtlichen Willenserklärungen, je nach ihrer Art, besondere Formen vorzuschreiben sind, oder ob den Erklärenden frei gelassen werden soll, ihre Willenserklärungen in beliebiger Form abzugeben, mit anderen Worten: ob das Gesetz den Formzwang oder Formfreiheit anordnen soll, gehört zu den schwierigsten Problemen der gesetzgeberischen Politik; sie ist auch in der Literatur viel erörtert worden. Die Gesetzgebungen haben sich verschieden dieser Frage gegenüber verhalten, geschwankt zwischen Formzwang und Formfreiheit. Nach dem strengen Formalismus des alten römischen Rechts kam in seiner späteren Entwicklung mehr die Formfreiheit zur Geltung, die im gemeinen Recht den Kulminationspunkt erreichte, sodass fast in dem ganzen Gebiete des Obligationenrechts die Formfreiheit herrschte. Das preussische Allgemeine Landrecht kehrte bekanntlich zum Formzwange zurück, und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hatte den Mittelweg zwischen der Formfreiheit des gemeinen und dem Formzwange des Allgemeinen Landrechts eingeschlagen.

---

2) Heusler I S. 75.

Bei der Entscheidung dieses Problems spielen die Hauptrolle die Vorteile, die man für den Rechtsverkehr von der Einführung des Formzwanges erwartet, und die Nachteile, die man davon befürchtet. Um gerechter sein Urteil fällen zu können, ob das Prinzip des Formzwanges vom Bürgerlichen Gesetzbuch genügend gewürdigt ist, und ob nicht der Gesetzgeber besser getan hätte, wenn er den Formzwang noch mehr eingeführt hätte, will ich hier kurz die Vorteile und Nachteile der Form besprechen. Diese Frage, so wichtig für den Rechtsverkehr, wird niemals an praktischer Bedeutung verlieren und de lege ferenda wird man immer die Vorteile und Nachteile der Form in Erwägung ziehen müssen.

B. Mit Recht nimmt man an,[3] dass die Einhaltung gewisser Formen bei Erklärung des rechtlichen Willens eine geschäftsmässige Stimmung bei dem Erklärenden hervorruft, in der sich jedermann bei Vornahme von Rechtsgeschäften befinden soll, um die Erklärungen nicht übereilt, sondern in besonnener Überlegung abzugeben. Dies gilt namentlich von der durch Gesetze meist vorgeschriebenen Schriftform, denn jedermann, der ein mündliches Versprechen gegeben hat, wird sich die Sache genau überlegen, sobald er zur Feder greifen soll, um sein Versprechen schwarz auf weiss niederzulegen. Ausserdem ist die Schriftform besonders geeignet, die Kontrahenten zu einer präzisen Willenserklärung

3) Ihering S. 493 fg., Motive I S. 178 fg. — Matthiass I S. 203. — Enneccerus-Lehmann I S. 175 — Endemann 8. Aufl. I § 299 Anm. 2. — Lobe S. 9 fg., Staudinger I S. 370. Crome I S. 384 fg., Lesse in D. J.-Z. 1903 S. 99/100, Cassel S. 2, 3.

zu nötigen. Denn, um schriftlich wiedergegeben werden zu können, muss der Gedanke zu einer höheren Durchbildung und Reife gediehen sein, als dies in der Regel bei der mündlichen Äusserung der Fall ist.[4] Die Beobachtung vorgeschriebener Formen weckt das juristische Bewusstsein, gewährleistet die Ernstlichkeit des gefassten Entschlusses; aus ihr ergibt sich klar und deutlich der rechtliche Charakter der Handlung; die Form dient als Stempel des fertigen juristischen Willens, wodurch die Unterscheidung der blossen Verhandlungen, unverbindlich gemeinten Erklärungen vom perfekten Willensentschluss ermöglicht wird. Dies ist namentlich wichtig für den Fall, dass solche Willenserklärungen Gegenstand der richterlichen Entscheidungen werden, denn durch Abgabe der Willenserklärungen in bestimmter Form wird es dem Richter viel leichter, das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts festzustellen. Die Abgabe der Willenserklärung in der betreffenden Form sichert den Beweis, wodurch die Prozesse vermindert oder schneller entschieden werden, was besonders der Schriftform zu verdanken ist, weshalb sie in manchen Gesetzgebungen gerade zu diesem Zwecke für gewisse Willenserklärungen mittelbar oder unmittelbar angeordnet ist.[5] In vielen Fällen liegt es nicht nur im Interesse der Parteien, sondern auch Dritter, dass die Willenserklärungen auch mittelbar Beteiligten zugänglich gemacht werden, um ihre etwaigen Ansprüche geltend machen zu

4) Fraenkel, S. 417.

5) Code civil Art. 1315, 1341 fg., ALR. I 5 § 131.

können, was besonders z. B. bei Übertragungen und Belastungen von Immobilien vorkommt, oder beim Güterstande der Eheleute oder im Handelsrecht. Für solche Fälle ist die Abgabe der Willenserklärung in einer Form, die ihr Öffentlichkeit verschafft, unentbehrlich.

C. Trotz aller dieser Vorteile überwiegt in der Litteratur bei weitem die Zahl derjenigen, die die Formfreiheit vorziehen, und von der Einführung des Formzwanges in der Gesetzgebung abraten. Entweder wird versucht, die Bedeutung der Formen und ihre Nützlichkeit herabzumindern oder den Vorteilen des Formzwanges werden schwerwiegende Nachteile des Formzwanges entgegengestellt.[6] Es ist notwendig, um den wahren Wert der Formvorschriften zu ergründen, auch diese Einwände auf ihre Richtigkeit hin einer genauen Prüfung zu unterziehen.

„So gewiss die Nötigung zur besonnenen Überlegung und der damit verbundene Schutz vor Übereilung im Interesse der zahlreichen wirtschaftlich schwachen und geschäftlich unbewanderten Personen liegt, so bildet doch der Formzwang gerade für diese Personen ein zweischneidiges Schwert. Die Beobachtung der Form erfordert sowohl die genaue Kenntnis derselben wie auch das zu deren Handhabung erforderliche Geschick. Das letztere, wenn nicht beides, fehlt vielfach. Man unterschreibt

6) Ihering S. 480, 481. — Dernburg, Pandekten I S. 223. — Derselbe, Bürgerliches Recht I § 134. — Enneccerus-Lehmann S. 175.

auf Treu und Glauben und dadurch wird die Form ein Fallstrick, in welchen der Unkundige zu seinem Schaden sich verwickelt, während ein gewissenloser Gegner in der Form eine willkommene Handhabe zur Übervorteilung sieht und findet.“ [7]

Darauf ist zu erwidern, dass die Formen vom Gesetzgeber so geschaffen werden müssen, dass ihre Handhabung auch dem einfachen Manne nicht schwer fällt und dass ihre Kenntnis jedermann sich leicht aneignen kann. Hat der Gesetzgeber dies getan, so ist es Pflicht jedes in den Rechtsverkehr Tretenden die Formen zu kennen, in denen Willenserklärungen abgegeben werden müssen. Versäumt er dies, so muss er auch die Folgen seiner Nachlässigkeit tragen. Und dies ist doch nicht so schwer, gerade in der Gegenwart, wo fast jeder lesen und schreiben kann, wo so vielfältige Möglichkeit vorhanden ist, sich mit den notwendigsten Erfordernissen des Gesetzes bekannt zu machen. Wenn es den alten Römern, die sicher nicht begabter waren als die modernen Völker, nicht schwer fiel, die gesetzlichen Formen der manumissio, mancipatio in jure cessio, die komplizierten Testamentsformen zu kennen, wird man da einem modernen Bauer viel zumuten, wenn man von ihm z. B. verlangt, dass er beim Viehverkauf erst durch Handschlag den Vertrag abschliesst? Was also diesen Vorwurf der Unkenntnis der Formvorschrift und der Ungeschicklichkeit bei deren Handhabung betrifft, so

7) Motive I S. 179. — Verhandlg. d. X. deutsch. Juristentages, S. 63 und S. 112.

kann er nicht dem Prinzip des Formzwanges als solchem gemacht werden, sondern nur die einzelnen Formen angehen und nur zum Vorwande dienen, dass nur fassbare und leicht zu handhabende Formen eingeführt werden. Dieser Vorwurf kann auch die Schriftform nicht treffen. Denn in der Gegenwart ist fast jedermann des Lesens und des Schreibens kundig und sogar die Personen, die sich wenig im Leben mit Lesen und Schreiben befassen, besitzen hierin immer noch so viel Kenntnisse, um ein paar Worte oder nur ihren Namen unterschreiben zu können, welches für Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens vollständig genügt. Komplizierte Rechtsgeschäfte schliesst man auch beim Prinzipe der Formfreiheit gewöhnlich mit Hülfe eines Sachkundigen. Es wird also einem einfachen Manne auch beim Formzwang nicht schwer fallen, wenn er ein Rechtsgeschäft, welches er einmal oder zweimal jährlich abschliesst, mit Hinzuziehung eines Sachkundigen zu Stande bringt. Wenn trotzdem jemand nfolge der Verabsäumung der Form benachteiligt wird, wenn jemand auf Treu und Glauben, ohne Grund zu haben, unterschreibt, so muss man es mit in den Kauf nehmen. Der Satz iura vigilantibus scripta sunt entbehrt nicht des inneren Grundes. Ideale Zustände, denen jede Gesetzgebung zustrebt, lassen sich durch Rechtsvorschriften nicht herstellen, deshalb können auch die Formvorschriften nicht die Übervorteilungen ausschliessen, sondern sie nur vermindern.

Zu diesen Vorwürfen der Unkenntnis und der schweren Handhabung der Formen kommen noch

gewöhnlich die Kostspieligkeit, Unbequemlichkeit und Zeitverlust hinzu. Die Parteien sind gezwungen, um den Formvorschriften zu genügen, Stempelgebühren zu zahlen, Zeugen einzuladen und zu entschädigen, vielleicht Reisen vorzunehmen bis zur zuständigen Behörde, Rechtsanwälten Honorare zu bezahlen etc. Auch diese Schattenseiten der Form betreffen die einzelnen Formen, nicht das Prinzip des Formzwanges. Es gibt Formen, die weder kostspielig noch zeitraubend sind. Diese Mängel haften z. B. der Schriftform, dem Handschlag, dem Handgeld nicht an. In Hinsicht hierauf wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, geeignete Formen vorzuschreiben, Stempelgebühren abzuschaffen, die Honorare der Rechtsanwälte und Notare niedrig zu taxieren. Ausserdem sind alle Unkosten, die man bei Abgabe einer Willenserklärung in gewisser Form tragen muss, unvergleichlich geringer als die Prozesskosten, die man berichtigen müsste, wenn beim Prinzipe der Formfreiheit dieselbe Erklärung formfrei abgegeben worden wäre und infolge der Undeutlichkeit oder weil sie als unverbindlich von dem Erklärenden abgegeben wurde, es zum Streite zwischen den Parteien käme. Wenn aber die redlichen Parteien, um der Kostspieligkeit der Formvorschriften zu entgehen, die Rechtsgeschäfte formfrei schliessen, so werden sie von bestehendem Formzwange keinen Schaden leiden: sie werden nach Treu und Glauben auch gesetzlich unverbindliche Verabredungen erfüllen.

Die Formen, sagt man, sind lästig für den Verkehr, der die Bewegungsfreiheit erfordert und

sich nicht meistern lässt. Man muss sich um Zeugen bemühen, vor Gericht oder Notar erscheinen, schriftliche Erklärungen abgeben. Die Parteien wollen sich diesen Unannehmlichkeiten nicht fügen, sie verzichten deswegen auf Vorteile der Form, schliessen die Geschäfte formfrei, also ungültig, ab, sie ziehen eine bequeme Unsicherheit einer unbequemen Sicherheit vor.[8] Es ist aber auch um diese „Belästigung" des Verkehrs nicht so schlimm bestellt, wie es auf den ersten Blick scheint. Die Rechtsgeschäfte werden sehr oft auf Märkten, in Schenken, auf Arbeiterbörsen abgeschlossen, wo es sehr leicht ist, Zeugen zuzuziehen. In Städten braucht man nur ein paar Schritte zu machen bis zum nächsten Notar, die Gerichtsbezirke sind so klein, dass die Reise nach dem Sitze des Gerichts mit den heutigen Eisen- und elektrischen Bahnen, Dampf-, und in kurzer Zeit sicher auch Luftschiffen weder kostspielig noch sehr zeitraubend ist. Man kommt auch gelegentlich in die Bezirksstadt und kann dann gleichzeitig die nötige Willenserklärung vor Gericht abgeben. Heutzutage braucht man nicht Shylok zu sein,[9] wenn man bei sich, wie fast jedermann tut, Notizbuch und Blei trägt und niemanden wird es, wenn er Rechtsgeschäfte abschliessen will, schwer fallen, ein paar Worte auf ein Blatt Papier zu schreiben Es ist heute in jedem Café, Restaurant, auf dem Markte, ja selbst in Bauernschenken Papier und Schreibzeug vorhanden, um das Rechtsgeschäft

8) Ihering S. 489.
9) Ihering S. 487.

schriftlich abschliessen zu können, wenn nur Geschäftsabsicht und nicht mutwillige Prahlerei oder gewöhnliches Plaudern am Platze sind. Wenn man aber trotzdem zu bequem ist, sich der vorgeschriebenen Form zu bedienen, so soll man eben sich selbst die Folgen dieser Schwäche zuschreiben und nicht das Gesetz dafür verantwortlich machen, welches auch nicht dazu da ist, um der Bequemlichkeit beizustehen. Solche Parteien sollen auf Gesetzeshülfe verzichten und auf gegenseitige bona fides angewiesen werden. In den meisten Fällen werden sie die Gesetzeshülfe nicht brauchen und um derjenigenwillen, die zu bequem sind, um die erforderliche Form zu beachten, ist es wahrlich nicht gerechtfertigt, auf die Vorteile der Form zu verzichten.

Es ist auch die Behauptung, dass sich der Verkehr nicht meistern lässt, und dass die vom Gesetz aufgestellten Regeln für den Rechtsverkehr aus ihm heraus entnommen werden müssen, nicht ganz richtig. Wenigstens darf man sie nicht absolut auffassen. Ich gebe zu, dass der Verkehr in gewissem Masse die Gesetze beeinflussen soll — non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat — ich verschliesse mich aber auch nicht der Erfordernis, dass auch die Gesetzgebung den Verkehr beeinflussen soll. Die Gesetze werden von den gebildetsten Leuten, die auch die Bedürfnisse des Verkehrs kennen, verfasst und man muss bedenken, dass ein nach langen Beratungen und mühevoller Arbeit zu Stande gekommenes Gesetz auch gewisse erzieherische Wirkung auf

das Verkehrsleben ausüben soll, dass es die Aufgabe der Gesetzgebung ist, den Verkehr in feste und sichere Bahnen zum eigenen Nutzen einzulenken. Dazu ist der Formzwang ein sehr geeignetes Mittel. Wenn man diese Erfordernisse als unrealisierbar betrachtet und sich zum Beweise auf Erfahrungen mit dem Allgemeinen Landrecht beruft, so kann man mit Recht darauf erwidern, dass durch dieselben der aufgestellte Grundsatz nicht widerlegt, sondern dass das Allgemeine Landrecht mangelhaft ausgearbeitet ist und den Formzwang nicht übersichtlich durchgeführt hat.[10]

Man stellt weiter in Abrede auch den Wert der Form in Bezug auf Feststellung des rechtsgeschäftlichen Willens und Sicherung des Beweises. Besonders schätzt man in dieser Beziehung den Wert der wichtigsten Form, der Schriftform, nicht so hoch. Es wird behauptet, dass die Urkunde, obwohl sie der Regel nach über den Abschluss des Rechtsgeschäfts keinen Zweifel lässt, sehr oft über den Inhalt desselben nur unzuverlässig Auskunft gewährt. Sie soll keine Sicherheit bieten dafür, dass das Geschriebene auch dem wirklichen Willen und den getroffenen Vereinbarungen der Parteien entspricht. Sie gibt den Schutz weder gegen Lüge noch gegen Irrtum, und wo eine Urkunde unvollständig oder unrichtig abgefasst ist, leidet durch den mit dem Formzwange verbundenen Ausschluss der Ergänzung und Berichtigung der Urkunde, auf Grund von stattgefundenen mündlichen Verabredungen das materielle

10) Fraenkel S. 425 fg.

Recht. Es soll auch durch Erfahrung festgestellt worden sein, dass durch die Beobachtung der schriftlichen Form die Prozesse sich nicht vermindern, sondern im Gegenteil sich vermehren.[11]

Ich kann mir sehr wohl die Fälle vorstellen, in welchen eine schriftliche Willenserklärung dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht, aber dies ist eine seltene Ausnahme gerade deswegen, weil die Schrift, wie ich oben hervorgehoben habe, zur besonnenen Überlegung mahnt. Jedenfalls ist diese Gefahr bei der Schriftform viel geringer, als bei der Abgabe einer Willenserklärung durch mündliche Worte oder durch irgend welche andere formfreie Art. Gegen Irrtum und Lüge gibt die Urkunde keinen Schutz, aber ebenso steht es mit formfreien Willenserklärungen; dies ist eine schwache Seite nicht der Schriftform, sondern aller Arten der Willenserklärung. Sollte jemand widerrechtlich durch Zwang oder Betrug zur Abgabe einer schriftlichen Erklärung veranlasst sein, so gibt das Recht auch beim Formzwang dafür geeignete Mittel, dem Beschädigten zu helfen, ohne den Grundsatz zu verletzen, dass die Ergänzung der Urkunde aus den mündlichen Beredungen unstatthaft sei.

An der Richtigkeit der Behauptung, dass die Schriftlichkeit sich als reiche Quelle von Prozessen erwiesen hat, ist meiner Ansicht nach zu zweifeln. Wenn dies auch von manchen preussischen Praktikern behauptet wird,[12] so ist das wohl mehr

11) Hess S. 200 fg., Meyer S. 9 fg., Motive I S. 108, Dove, Verhandlg. d. XXII. Deutschen Juristentages, I S. 333–334.

12) Hess S. 202.

auf die ungeschickte Durchführung der Schriftlichkeit im Allgemeinen Landrecht, als auf die Schriftform selbst zurückzuführen. Wie aber die Formfreiheit den Prozessen Vorschub leistet, zeigt sehr lehrreich die bittere Klage, die Völderndorff[13] über langwierige Prozesse führt, welche zur Zeit, als in einem grossen Teile Deutschlands die Formfreiheit des gemeinen Rechts galt, geführt wurden. Dafür macht er die letztere verantwortlich und am Schluss seiner Abhandlung behauptet er, „dass eine Besserung unseres im Argen liegenden Rechtslebens weniger durch prozessuale Reformen, als dadurch erreicht werden wird, dass im Civilrecht wieder festere, deutliche, sichtbare und feierliche Formen für die Rechtsgeschäfte, für die Erzeugung der Rechtsverhältnisse, vorgeschrieben werden". Auch der Praktiker Fraenkel[14] ist der Meinung, dass die Formfreiheit eine unabsehbare Reihe von Prozessen erzeugt und führt als Illustration dieser Zustände zwei interessante Prozesse aus gemeinrechtlicher Praxis an.

D. Dem Formzwang, insbesondere der Schriftform, werden auch von ethischer Seite viele Vorwürfe gemacht. Die Leute, die zu ideal gesinnt sind, den Massstab des eigenen Handelns auf andere anlegen und mit der Schlechtigkeit der Menschen zu wenig vertraut sind, empören sich darüber, dass ein ernstlich gemeintes, abgeschlossenes Rechtsgeschäft nur deshalb ungültig sein sollte, weil die vom Gesetz vorgeschriebene Form der Willens-

13) v. Völderndorff S. 1 fg.
14) Fraenkel S. 399 fg.

erklärung nicht beachtet worden ist. Ihrer Ansicht nach wird dadurch das natürliche Rechtsgefühl verletzt, das Vertrauen untergraben, die Parteien verleitet, das gegebene Wort nicht zu halten. Das Prinzip des Formzwanges demoralisiert das Volk.[15]

Auf diese schwerwiegenden Beschuldigungen ist am besten mit den treffenden Worten Iherings[16] zu erwidern, „dass diese ganze Anklage von einer totalen Verkennung der eigentümlichen Aufgabe des Rechts gegenüber der der Moral zeugen würde". Es wäre schön, wenn jedermann sein Wort hielte, aber das Recht ist nicht das geeignete Mittel, die Erfüllung jedes gegebenen Versprechens zu erzwingen. Dazu dienen die Religion, Moral, Sitte, die gesellschaftliche Stellung des Versprechenden. Das Recht hat sich viel engere Grenzen seiner Wirksamkeit gezogen, innerhalb deren es ihm möglich wird, die Versprechungen durch die Zwangsmittel der Staatsgewalt zu erzwingen. Indem es die Erzwingbarkeit nur den in vorgeschriebener Form abgegebenen Willenserklärungen gewährt, verleiht es ihnen den rechtlichen Charakter, stempelt sie als Willenserklärungen, die aus dem Bereiche des rechtlich unverbindlichen Gesprächs in dasjenige des rechtlichen Zwanges hinübergleiten. Dem Rechte, wenn es auch wollte, ist es nicht möglich, jedes Versprechen zu erzwingen, aus dem Grunde, weil sich nicht jedes Versprechen gerichtlich feststellen lässt. In die Seele des Versprechenden kann der

15) Arnold S. 131, 186; Meyer S. 12; Hess S. 208.
16) Ihering S. 491.

Richter nicht hineinschauen, um sich von seinem wahren Willen überzeugen zu können. Die Beweismittel, die man anwendet zur Überzeugung des Richters von einer ernstlich abgegebenen rechtlichen Willenserklärung genügen sehr oft nicht zur Erreichung dieses Zieles, es muss ihm also vom Gesetz die Möglichkeit gegeben werden, nach äusseren Zeichen diesen Willen zu beurteilen, und dies geschieht durch die Gesetzesvorschrift, dass nur der in gewisser Form geäusserte Wille verbindlich sei. Dadurch wird jedermann genötigt, sich im Rechtsverkehr nur auf formelle Willenserklärungen einzulassen. Und warum sollte das das natürliche Rechtsgefühl verletzen? Bei dem Grundsatze der Formfreiheit kann es sehr oft vorkommen, dass jemand, der etwas versprochen hatte, ohne Absicht sich zu binden, zur Leistung verurteilt wird, eben deshalb, weil der Richter annahm, er wollte sich verpflichten. Ist das moralisch, verletzt es nicht das moralische Rechtsgefühl, dass jemand aus einem unverbindlich gemeinten, unüberlegten Versprechen verurteilt wird? Beim Prinzipe des Formzwanges sind für einen redlichen Menschen, der eine rechtliche Willenserklärung abgeben will, nur zwei Möglichkeiten gegeben. Entweder gibt er die Erklärung in vorgeschriebener Form oder formfrei ab. In beiden Fällen ist er gebunden. Im ersteren durch Wort und Gesetz, im zweiten nur durch Wort. Niemand hindert ihn auch in diesem zweiten Fall sein Versprechen zu erfüllen. Tut er dies nicht, so so ist er kein redlicher Mann und gerade solche

Unredliche sollen mittelst Formzwanges gezwungen werden, ihr Versprechen zu halten. Wenn jemand ehrlich meint, sein Versprechen zu erfüllen, so soll ihn nichts verhindern, auch der Formvorschrift zu genügen. Für den anderen Teil ist schon in der Weigerung, dies zu tun, ein Fingerzeig gegeben, auf Ernstlichkeit und rechtlichen Charakter solcher Versprechungen keinen grossen Wert zu legen Wenn der Formzwang gesetzlich vorgeschrieben ist, wenn das Gesetz die Beobachtung der Form von jedermann verlangt, dann kann kein redlicher Mann das Verlangen der formellen Erklärung, das Verlangen dem Gesetze gemäss zu handeln, als Misstrauen auffassen, ja er wird auch ohne Verlangen selbst seine ernstlich gemeinte Willenserklärung dem Gesetz entsprechend abgeben, und infolge der Formversäumung hat vielmehr der andere Teil berechtigten Grund, an seinem guten rechtlichen Willen zu zweifeln.[17]

17) Mittermaier, Archiv f. civl. Praxis V. (1822) S. 99 (Anm. 1 bei Fraenkel S. 412) schreibt: „Wo Misstrauen gesetzlich organisiert ist, schwinden auch bald alle edleren Bande, die ewig nur auf Vertrauen beruhen müssen und was ein mit dem französischen Recht wohl vertrauter Schriftsteller bemerkt, dass der Fall vorkomme, wo mitten im fröhlichen Gelage und unter den herzlichsten Umarmungen bei einem Geschäfte, welches eigentlich kein Vertrag war, aber wohl Verbindlichkeiten nach sich ziehen konnte, verwandte und befreundete Franzosen das Schreibzeug verlangen — pour avoir quelque chose par écrit — verdient wohl eine Beachtung." Darauf erwidert Fraenkel sehr treffend: „Nun wir glauben, nichts ist geeigneter als quelque chose par écrit den, der sich bei fröhlichem Gelage zu etwas verpflichtet, aus der Weinlaune zu vernünftiger Überlegung zurückzuführen. Offenbar ist es auch moralischer, sich erst von der verbindlichen Absicht des Versprechenden eben durch die Form zu überzeugen als ihn, der vielleicht nur ein Kompliment machen wollte, ohne weiteres beim Worte zu nehmen".

Aus dem Bisherigen ist klar, dass diese ethischen Vorwürfe unbegründet sind. Diejenigen, von denen solche kommen, gehen auch inkonsequent gegen den Formzwang vor. Denn indem sie diesen im Gebiete des Obligationenrechts bekämpfen, wagen sie nicht die Formfreiheit auch für sachen-, erb- und familienrechtliche Verhältnisse zu fordern. Wenn Formzwang Wort- und Vertragsbruch garantiere, so würde dieses Argument dahin führen, schlechtweg jede Formvorschrift zu beseitigen.[18]

§ 3.

Die gesetzgeberischen Motive bei Einführung des Formzwanges. Verwertung desselben.

A. Wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, sind die Einwände, die man dem Grundsatze des Formzwanges entgegensetzt, bei weitem nicht so bedeutsam, wie man auf den ersten Blick annehmen würde. Die Vorteile des Formzwanges dagegen sind sehr gross und überwiegen die etwaigen Nachteile. Der künftige Gesetzgeber soll besonders zwei vorteilhafte Wirkungen desselben bei Entscheidung der Frage, ob Formzwang oder Formfreiheit, berücksichtigen, die schon kurz erwähnt sind, und worüber ich an dieser Stelle noch ein paar Worte sagen möchte.

Die Formvorschriften kommen in erster Reihe den unerfahrenen Personen zu Gute. Der Zug der ganzen modernen Gesetzgebung geht dahin, durch

18) Brunner S. 60.

Gesetzesvorschriften die Schwachen und Unerfahrenen zu schützen, und in dieser Hinsicht werden mit Recht an den Staat immer grössere Erfordernisse gestellt.[1] Natürlich darf aber die Gesetzgebung diesen Schutz nicht um jeden Preis herbeiführen, und die Interessen der Stärkeren und Besonnenen ausser Acht lassen. Die Entscheidung: ob die vom Gesetzgeber getroffene Anordnung der Beobachtung gewisser Formen zum Schutze der Unerfahrenen, wodurch den andern vielleicht der Rechtsverkehr erschwert wird, als gerechtfertigt anzusehen ist, hängt davon ab, ob die Verkehrserschwerung diejenigen, die den Schutz der Form nicht brauchen, zu sehr belästigt. Im vorigen Paragraphen habe ich mich bemüht zu beweisen, dass dies nicht der Fall ist.

Ausserdem kann der Gesetzgeber bei Entscheidung dieser Frage nicht nur das materielle Recht vor Augen haben und die eventuelle gerichtliche Geltendmachung der Rechtsgeschäfte unberücksichtigt lassen. Zu den Aufgaben des Staates gehört auch, den Staatsbürgern rasche und billige Justiz zu gewähren. Eines der Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe ist, wie schon hervorgehoben, Einführung des Formzwanges, wodurch dem Richter ermöglicht wird, das Vorhandensein von abgeschlossenen Verträgen und ernstlich abgegebenen Willenserklärungen festzustellen. Es ist in der Theorie ein Leichtes, auch bei formfreien Willenserklärungen sich das perfekte Zustandekommen eines

1) Hachenburg S. 81 fg.

Rechtsgeschäfts und seine gerichtliche Entscheidung vorzustellen, man mutet aber manchmal auch einem juristisch sehr gebildeten Richter viel zu, wenn man von ihm die gerechte Entscheidung über ein formfreies, unklar zum Ausdruck gelangtes, durch widerspruchsvolle Zeugenaussagen bezeugtes Rechtsgeschäft verlangt. An den vor Gericht kommenden Rechtsgeschäften sind nicht immer lauter Ehrenmänner beteiligt, von denen man die Erleichterung der schwierigen Richteraufgabe erwarten könnte. Ja, man kann sagen, dass die Richter sehr oft mit geriebenen Parteien zu tun haben, die auf jede Art und Weise versuchen, ihn auf den unrichtigen Weg zu führen. Und dann die Beweisfrage! Es ist wahr, dass man den Parteien die Sorge um Beweismittel für ihre Ansprüche überlassen soll, aber mittelbar ist dabei auch der Staat interessiert. Es liegt auch ihm viel daran, dass von Richtern nur gerechte Urteile gefällt werden, dass die Prozesse nicht verzögert werden. Hierfür kommen doch in erster Linie die Beweismittel in Betracht. Die gebräuchlichsten Beweismittel im Prozesse sind Zeugen und Urkunden. Wie schlecht es um Zeugenbeweis bestellt ist, wie man sich wenig auf Zeugenaussagen verlassen kann, wie leicht falsche Zeugen zu haben sind, ist hinlänglich bekannt. Die Urkunden sind viel sicherer. Warum sollte man sich nicht für wichtigere Rechtsgeschäfte durch vorzuschreibende Schriftform dieses sichere Beweismittel verschaffen, dem Richter seine Aufgabe erleichtern und den Staatsbürgern dadurch helfen, schneller zu ihrem

Rechte zu gelangen? Was nützt ihnen die Bequemlichkeit der Formfreiheit, wenn sie häufig gerade dann versagt, wenn es gilt, die Ansprüche gerichtlich geltend zú machen? . . .

Zu Gunsten des Formzwanges de lege ferenda spricht auch der Umstand, dass man beim Prinzipe der Formfreiheit so oft in Prozessen auf Gnade und Ungnade dem richterlichen Ermessen überlassen ist. Man ist seines Rechtes nicht sicher, es hängt alles davon ab, wie der Richter die Sache auffassen wird. Die Unkenntnis, die Laune, die Befangenheit und Bequemlichkeit des Richters zieht bei Formfreiheit den Verlust des Anspruchs nach sich. Und die Richter sind doch, mag man auch sehr grosse Achtung vor diesem Stande haben, und so grosse Erfordernisse für Erlangung des Richteramtes verlangen, diesen Fehlern, wie alle anderen Menschen, unterworfen. Ganz richtig sagt Heusler[2] über den Zustand, welcher im Verkehr bei häufiger Inanspruchnahme des richterlichen Ermessens, als Folge der Formfreiheit, herrscht: „So kommt es, dass man sich kaum des Eindrucks erwehren kann, dass man nicht mehr unter der Herrschaft eines festen Rechts, sondern unter richterlicher Willkür stehe . . ., dass der Prozess eine Lotterie sei, in der man seine Sache ebensogut „verspielen" als gewinnen kann".

B. Nach alledem würde ich de lege ferenda nicht scheuen, den Formzwang als Regel aufzustellen auch im Gebiete des Obligationenrechts und nur

2) Heusler I S. 51.

wenige Ausnahmen gestatten. Es fragt sich aber, wie ist dieses Prinzip im Einzelnen auszuführen? Im Folgenden ein Versuch, wie dies verwirklicht werden könnte.

Wenn man daran denkt, dass der wichtigste Vorteil des Formzwanges darin besteht, dass durch Abgabe einer Willenserklärung in vorgeschriebener Form der Abschluss des Rechtsgeschäfts ausser Zweifel gesetzt wird, wodurch für den Fall des Streites eine sichere und schnelle richterliche Entscheidung ermöglicht wird, so wird man zugeben müssen, dass durch die Form nicht die Gültigkeit, sondern die Klagbarkeit bedingt sein soll, wie es im Allgemeinen Landrecht galt für Verträge, die nicht in vom Gesetz vorgeschriebener schriftlicher Form errichtet wurden (I. 5 § 155). Die Mängel des Prinzips der Formfreiheit zeigen sich im grellsten Lichte dann, wenn die Erfüllung des Versprochenen nicht sogleich erfolgt, sondern erst gerichtliche Feststellung notwendig wird. Durch Einführung dieses Prinzips erreicht man, dass zahlreiche Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, bei denen dem Abschlusse die Erfüllung unmittelbar folgt, nicht als ungültige betrachtet werden, mithin dass eine condictio des Geleisteten ausgeschlossen wird. Diese Geschäfte sind die häufigsten, und bei diesen empfindet man am meisten die etwa vorhandene Unbequemlichkeit der Form. Durch Einführung des Formzwanges, welcher die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht berührt, erreicht man, dass sich hauptsächlich diejenigen Parteien der Form be-

dienen, die wichtigere, nicht täglich vorkommende Rechtsgeschäfte abschliessen, die vielleicht erst lange Zeit nach dem Abschluss erfüllt werden sollen und bei denen auch mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf den Umfang der gegenseitigen Pflichten und zur richterlichen Entscheidung kommen könnte. Diejenigen aber, bei denen dies nicht zutrifft, können, ohne einen Schaden zu befürchten, der Form entbehren und doch rechtsgültige Geschäfte abschliessen.[3]

An dieser Stelle muss ich noch hervorheben, dass ich als unbegründet die Vorschrift betrachte, wonach Verträge nur wenn der Vertragsgegenstand eine gewisse Geldsumme übersteigt, formell abgeschlossen werden müssen, wie im preussischen

---

3) Derselben Ansicht ist auch Fraenkel S. 423 fg. Nur meint er, dass die Schriftform als alleinige Form für Verträge eingeführt werden soll (S. 438) und dass von ihrer Beobachtung die Klagbarkeit der Verträge abhängen soll. Ich bin der Meinung, dass die Schriftform für den grössten Teil der Verträge die geeignetste sei, dass aber sie nicht die einzige sein dürfte, die vom Gesetz vorzuschreiben wäre, dass also für gewisse Verträge auch Handschlag und Handgeld zur Einführung empfehlenswert seien. Ausserdem schlägt Fraenkel vor, dass so viele Verträge auch ohne Beobachtung der Schriftform klagbar sein sollten, dass diese Ausnahmen die aufgestellte Regel praktisch wertlos machen würden. Wenn die wichtigsten Verträge des Verkehrs, wie Kauf-, Miet-, Dienst-, Werkvertrag auch ohne Beobachtung der Schriftform klagbar sein sollen, so hat man von dem Formzwang fast gar keinen Nutzen, und das Gesetzbuch, welches dies einführen würde, hätte die Übelstände der Formfreiheit nicht beseitigt, sondern nur in sehr geringem Masse vermindert.

Auch Klöppel (Gruchots Beiträge Bd. 32 S. 638 fg.) ist der Meinung, dass der Formmangel nur die Klagbarkeit der Rechtsgeschäfte ausschliessen soll.

Allgemeinen Landrecht (I. 5, § 131), wo alle Verträge, deren Gegenstand 50 Thaler überstieg, schriftlich errichtet werden mussten. Wenn die Form ihre vorteilhafte Wirkung ausüben soll, so ist es doch eine vom Gesetz sanktionierte Ungerechtigkeit, dass dies nur denjenigen zu Gute kommt, die die Verträge über hohe Summen abschliessen, und nicht dem kleinen Manne gegenüber, dessen Verträge die erforderte Summe nicht erreichen. Für ihn sind 50 Thaler ebenso viel wie für den Reichen 1000 Thaler oder noch mehr. Der Arme soll ebenso wie der Reiche durch die Formvorschrift vor Übereilung geschützt werden. Wenn man aber diese Befreiung von der Form als Begünstigung des kleinen Verkehrs auffassen wollte, die dem kleinen Manne ermöglicht, leichter zu seinem Rechte zu kommen, so widerspricht der Gesetzgeber sich selbst, indem er bei demselben Rechtsgeschäft zugibt, dass die Form bis zur gewissen Summe des Vertrages als nachteilig und darüber hinaus als vorteilhaft zu betrachten ist. Ausserdem wird derjenige, der nur die Verträge über hohe Summen abschliesst, es als Ungerechtigkeit empfinden, dass er im Gegensatz zu dem kleinen Manne die Unbequemlichkeit der Form ertragen muss.

Von den Formen, die zur Einführung kommen sollten, käme zuerst die Schriftform, einfache und durch behördliche Mitwirkung verstärkte, in Betracht. Bei jedem wichtigeren Rechtsgeschäft, dessen Wirkungen sich auf längere Zeit zu erstrecken hätten, wie bei Miete, Pacht, Dienstvertrag, Gesellschaft, Bürgschaft, Leibrente, Auftrag, Anweisung, Übertragung von

Forderungen, Schuldübernahme, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis wäre die Schriftform die beste Form, ebenso bei Schenkungsversprechen, um hauptsächlich die Übereilung zu verhüten. Für den Kaufvertrag, der nicht Handkauf ist, könnte man fakultativ Schriftform, Handgeld und Handschlag vorschreiben. Der Schriftform würden sich diejenigen Parteien bedienen, die den Kauf über verhältnismässig teuere, oder selten in den Umsatz kommende Gegenstände abzuschliessen hätten. Dagegen für den ganzen Marktverkehr mit Landesprodukten und Viehverkauf würde Handschlag und Handgeld ganz gut passen.[4] Handgeld wäre geeignet auch für den Gesindevertrag, sowie für Miete über bewegliche Sachen, Mäklervertrag, Werkvertrag. Für einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie z. B. Kündigungen, Mahnungen wäre wieder Schriftform sehr geeignet, aber auch Abgabe vor Zeugen.

Die Realverträge, Darlehn, Leihe, Verwahrungsvertrag, Faustpfandvertrag, ebenso der Handkauf sind von den Formvorschriften zu befreien. Denn diese Verträge werden durch Hingabe der Sache abgeschlossen. Der Hingabe geht die Übereinstimmung der Parteien vor, die Hingabe erfolgt erst, wenn die Kontrahenten den Inhalt des Vertrages

---

4) Bei serbischen Bauern ist es gebräuchlich, beim Kauf von Vieh und Landesprodukten den Vertrag erst durch erfolgten Handschlag als abgeschlossen zu betrachten. Vor erfolgtem Handschlag versuchen die Parteien einander zur Annahme ihrer Anträge zu überreden, und jeder Bauer hütet sich behutsam, dem Viehhändler die Hand zu reichen, bevor er nicht mit dem angebotenen Preise zufrieden ist.

genau wissen. Indem die Hingabe den Vertrag perfiziert, dient sie als Zeichen des abgeschlossenen Vertrages und zugleich dazu, im letzten Moment die Parteien an die Folgen des Rechtsgeschäfts zu erinnern, sie vor Übereilung zu schützen. Die Vorteile, die man von Beobachtung der Form bei anderen Rechtsgeschäften erwartet, erreicht man hier durch Hingabe der Sache, sodass die Form überflüssig erscheint.

II. Die Formen im bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 4.

Einleitung.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich aber nicht entschliessen können, den Formzwang als Regel einzuführen. Er begnügte sich damit, dass er, häufiger als es nach gemeinem Rechte war, für einzelne wichtigere Rechtsgeschäfte die Beobachtung bestimmter Formen für Abgabe von Willenserklärungen anordnete, im übrigen überliess er den Parteien, ihren rechtlichen Willen in beliebiger Form auszudrücken. So bleibt die Gefahr, die man von der Formfreiheit im gemeinen Rechte fürchtete, auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen. Man hat aber die Regelung der Formfrage im Bürgerlichen Gesetzbuch im allgemeinen[1]

1) Vergl. dagegen Förster-Eccius § 79 S. 446 Anm. 5.

gebilligt. Dass diese Regelung wirklich einwandsfrei ist, davon hätte mich am besten die gerichtliche Praxis mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch überzeugen können. Die kurze Zeit seit dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs genügt aber nicht, um von ihr die Bestätigung der Richtigkeit dieser Regelung erwarten zu können. Deshalb bleibe ich vorläufig bei der Meinung, dass es besser wäre, wenn der Gesetzgeber den Formzwang als Regel eingeführt hätte.

Die Zahl der vom Gesetzgeber verwerteten Formen für die Abgabe von formellen Willenserklärungen ist nicht gross. Handschlag und Handgeld sind als gesetzliche Formen der Willenserklärung nicht vorgeschrieben.[2] Abgabe vor Zeugen ist nur in Verbindung mit der Schriftform für Nottestamente — §§ 2250 und 2251 — und bei Vornahme dieses Rechtsgeschäfts vor einem Richter, Notar oder

2) Es ist wirklich wunderlich, dass das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch diese beiden Formen der Willenserklärung fast gar nicht berücksichtigt hat, trotzdem sie auch in der deutschen Rechtsgeschichte einen wichtigen Platz einnehmen, gerade als Form der Willenserklärungen beim Abschluss von obligatorischen Verträgen (vgl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Auflage, S. 697 fg., 4. Aufl. S. 729 fg.) und sicher auch heute noch im deutschen Volke üblich sind. Das BGB. betrachtet das Handgeld (Draufgabe), wenn es gegeben ist, nur als Zeichen des abgeschlossenen Vertrages — § 336, — statt es als gesetzliche Form für den Vertragsabschluss zu verlangen. Handschlag erwähnt das Gesetzbuch nur an zwei Stellen; nach § 1789 soll die Verpflichtung des Vormunds zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft mittelst Handschlag an Eidesstatt erfolgen und nach § 1870 werden ebenso verpflichtet die Mitglieder des Familienrates. Aber diese Form ist von sehr geringer Bedeutung, nur eine Sollvorschrift und sie hat, wie Planck (Bd. 4 S. 530) sagt, nur eine moralische Bedeutung, weil die Formverletzung ohne Einfluss ist.

Gemeindevorsteher — § 2233 und § 2249 — sowie bei Eingehung der Ehe vor Standesbeamten — § 1318, — vorgeschrieben.

Manche Schriftsteller zählen zu den gesetzlichen Formen des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch die Übergabe von beweglichen Sachen beim Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen, Bestellung des Niessbrauchs und Pfandbestellung an solchen (Crome I, S. 386, Kipp bei Windscheid I, S. 287 mit der Bemerkung, dass sie mehr ist als Form, aber doch auch den Charakter der Form an sich trägt, Lobe, S. 35). Die Ansicht, dass die Tradition die Form ist, in welcher Eigentumsübertragungsvertrag (der dingliche Vertrag) zum Ausdruck gelangt, ist in der gemeinrechtlichen Litteratur besonders von Windscheid (Pandekten I, § 161) verteidigt. Für mich ist anziehender die besonders von Bekker (Recht des Besitzes, S. 86 fg.) und Savigny (System III, S. 312 fg.) verfochtene Ansicht, dass die Besitzübergabe (Tradition) und Eigentumsübertragungsvertrag (die Einigung zwischen dem Veräusserer und Erwerber) von einander zu unterscheiden sind, indem die Einigung über den Eigentumsübergang allein den dinglichen Vertrag darstellt, zu welchem die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äussere Handlung (Tradition) hinzutritt. Für das Bürgerliche Gesetzbuch glaube ich, dass die Übergabe von beweglichen Sachen nicht als die Form für den Abschluss des dinglichen Vertrages aufgefasst werden kann. Sie ist vielmehr selbständiges Erfordernis für den Erwerb der dinglichen Rechte, welches zu dem

dinglichen an sich formfreien Vertrage hinzukommen muss, um die gewünschte Rechtsänderung zu erzeugen. Zu dieser Auffassung berechtigt auch die Fassung des § 929, in welchem vorgeschrieben ist, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergeben und beide darüber einig sein müssen, dass das Eigentum übergehen soll. Der Gesetzgeber scheidet also von einander beim Eigentumserwerb a) Übergabe der Sache und b) Einigung des Eigentümers und Erwerbers. Hieraus folgt, dass die Übergabe nicht die Form ist, in welcher der dingliche Vertrag abgeschlossen wird, vielmehr kann der letztere in beliebiger Form zum Ausdruck gelangen (vgl. Endemann I, § 17, 19 und 80). Auch ist es möglich, dass die Übergabe der Sache erfolgt ist, ohne dass dabei eine Einigung über den Übergang des dinglichen Rechts erzielt ist, dass vielmehr diese Einigung erst nach der Übergabe zu Stande kommt. Wenn nun die Übergabe der Sache die Form der Einigung wäre, so müsste die erstere der letzteren immer nachfolgen oder höchstens gleichzeitig vorgenommen werden.

Wenn die Übergabe der Sache nicht zu den gesetzlichen Formen gehört, so ist die für die Auslobung vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung als solche zu betrachten. In dem § 657 ist vorgeschrieben, dass, wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, verpflichtet ist, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die

Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.

Die Auslobung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches nur dann gültig ist, wenn es in vorgeschriebener Form vorgenommen wird. Diese Form besteht darin, dass die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, wodurch die Belohnung versprochen wird, öffentlich abgegeben werden muss. Erfolgt die Erklärung: für die Vornahme einer Handlung oder Herbeiführung eines Erfolges eine Belohnung zahlen zu wollen nicht öffentlich, so hat sie keine verpflichtende Wirkung. Hier liegt also wirklich eine formelle Willenserklärung vor.[3]

Sieht man von der öffentlichen Bekanntmachung als der Form für die einzelne Willenserklärung ab, so bleiben die folgenden allgemeinen Formen der Willenserklärungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, die in dieser Abhandlung dargestellt werden, mit Ausnahme derjenigen Formvorschriften, die sich auf Errichtung von Testamenten und Erbverträgen beziehen (§§ 2231—2253, 2276):

1. Die einfache Schriftform,
2. die gerichtliche oder notarielle Beurkundung,
3. der Abschluss vor Gericht oder Notar,

3) Es ist deshalb unrichtig, wenn Crome II S. 758 behauptet, dass diese Erklärung keiner Form bedarf, sondern nur die öffentliche Bekanntmachung verlangt. Die öffentliche Bekanntmachung ist die Form der Willenserklärung. Auch widerspricht Crome hiermit sich selbst, indem er in Bd. I S. 386, 3 behauptet, dass zu den gesetzlichen Formen der Willenserklärungen, welche nur für einzelne Fälle vorgeschrieben sind, auch die öffentliche Bekanntmachung gehört und in Bd. II S. 758 das Gegenteil davon.

4. die öffentliche Beglaubigung,
5. öffentliche Urkunde im Sinne der §§ 1718 und 1720.[4]

Den Parteien ist es aber überlassen, für die Rechtsgeschäfte, für welche durch das Gesetz keine Form vorgeschrieben ist, beliebige Formen festzusetzen. So können auch Handschlag oder Handgeld durch Parteiverabredungen zum wesentlichen Formerfordernis eines zwischen den Parteien abzuschliessenden Geschäftes gemacht werden, wie es ihnen auch frei steht, noch andere vom Gesetz keineswegs erwähnte Formen anzuordnen, nur dürfen dieselben weder unsittlich sein, noch gegen ein gesetzliches Verbot verstossen, denn nach den §§ 138, 134 wären die Rechtsgeschäfte, wodurch die Beobachtung einer unsittlichen oder gesetzlich verbotenen Form vorgeschrieben würde, nichtig. Ebenso ist es gestattet, durch Rechtsgeschäft zu bestimmen, dass ein zwischen Parteien abzuschliessendes Geschäft unter Wahrung einer strengeren Form, als das Gesetz für dasselbe verlangt, zu Stande kommen soll, z. B. dass dort, wo das Gesetz schriftliche Form verlangt, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung stattfinden soll, aber nicht umgekehrt. Wenn also

4) Dernburg I § 135 Ic zählt zu den Formen des Bürgerlichen Gesetsbuchs auch die gerichtliche Bestätigung bei der Kindesannahme — § 1741 —. Die gerichtliche Bestätigung ist aber keine für den Abschluss des Rechtsgeschäfts vorgeschriebene Form, sondern eine von dem Willen der Parteien unabhängige gerichtliche Handlung und Voraussetzung für die Wirksamkeit des an sich schon verbindlichen Rechtsgeschäfts — § 1754 Abs. 1 —, ebenso wie z. B. die Eintragung in das Grundbuch. Vgl. Windscheid-Kipp I S. 288 Anm. 5, Matthiass I S. 181.

das Gesetz für ein Rechtsgeschäft die gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangt, so können die Parteien durch Rechtsgeschäft nicht bestimmen, dass dasselbe schon bei Beobachtung blosser schriftlicher Form gültig sein soll. Denn auf diese Weise könnte man gesetzliche Formvorschriften illusorisch machen.

§ 5.

Die einfache Schriftform.

Die Hauptform der Abgabe von Willenserklärungen ist im modernen Rechtsverkehr neben der Rede die Schrift. Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Schriftform ziemlich häufig vorgeschrieben,[1] wie sich ihrer auch die Parteien am

1) In folgenden Fällen ist für die Abgabe von Willenserklärungen schriftliche Form vorgeschrieben: § 32 (Die Mitglieder eines Vereins können einen Beschluss fassen, auch ohne eine Mitgliederversammlung abzuhalten, wenn sie nur alle ihre Zustimmung zum Beschlusse schriftlich erklären). § 33 (Zur Änderung des Zweckes eines Vereins ist die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich; die Zustimmung der in der Mitgliederversammlung nicht erschienenen Mitglieder muss schriftlich erfolgen). § 37 (Die Mitgliederversammlung ist zu berufen, wenn der durch die Satzung bestimmte Teil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Teil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt). § 81 (Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der schriftlichen Form). § 111 (Einwilligung des Vormundes bei Rechtsgeschäften der Minderjährigen). § 367 (Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis — Quittung — zu erteilen). § 416 (Der Veräusserer eines für seine Schuld verhypothekierten Grundstücks, die der Erwerber übernimmt, muss davon den Gläubiger schriftlich in Kenntnis setzen). § 566 (Ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, bedarf der schriftlichen Form). § 581 (Dasselbe gilt für einen Pachtvertrag). § 761 (Zur Gültigkeit

meisten bedienen, wenn sie durch Rechtsgeschäft eine Form für ihre Willenserklärungen bestimmen. Dementsprechend sieht das Gesetzbuch beide Fälle vor, nämlich: dass die Schriftform gesetzlich erfordert wird (§ 126) und dass sie durch Rechtsgeschäft bestimmt wird (§ 127). Beide Fälle haben viel Gemeinsames, weshalb zuerst von gesetzlich vorgeschriebener Schriftform die Rede sein soll und dann von den Abweichungen, welche für die rechtsgeschäftlich festgesetzte Form eintreten.

A. Durch Gesetz bestimmte Schriftform.

Seinen Willen schriftlich erklären heisst, durch Schrift den rechtlichen Willen der Aussenwelt kundgeben. Der geschriebene Wille ist die Urkunde,

---

eines Vertrages, durch den eine Leibrente versprochen wird, ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich), § 766 (Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich), § 780 (Ein Schuldversprechen muss, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftlich erteilt werden), § 781 (ebenso das Schuldanerkenntnis), § 783 (Anweisung durch eine Urkunde), § 784 (Die Annahme der Anweisung seitens des Angewiesenen erfolgt durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung), § 792 (Übertragung einer Anweisung muss schriftlich erfolgen), § 793 (Schuldverschreibung auf den Inhaber), § 1154 (Zur Abtretung einer durch Hypothek sichergestellten Forderung ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und über Übergabe des Hypothekenbriefes erforderlich) § 2231 (Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Orts und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung. — Der einzige Fall, wo vom Gesetz verlangt wird, dass die ganze Erklärung von Ausstellerhand geschrieben ist), § 2267 (Gemeinschaftliches Testament).

derjenige, welcher seinen Willen durch die Schrift erklärt hat, ist der Erzeuger der Urkunde, ihr Aussteller, wie ihn das Gesetz nennt. Unentbehrliche Bestandteile einer Urkunde sind der Inhalt, d. i. der erklärte Wille, und die Unterschrift des Erklärenden.

Der Inhalt der Urkunden ist verschieden, je nach den in ihnen enthaltenen Willenserklärungen, und unterliegt verschiedenartiger gesetzlichen Regelung; die Unterschrift auf Urkunden unterliegt derselben gesetzlichen Regelung ohne Rücksicht auf den Inhalt der Urkunde.

So schreibt das Gesetz (§ 126, Abs. 1) vor, dass die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden muss. Durch diese Vorschrift erreicht man, dass von der Hand des Ausstellers wenigstens der eine Bestandteil der Urkunde, die Unterschrift oder das Handzeichen, herrührt; der Inhalt der Urkunde kann auch von einem anderen niedergeschrieben werden. Diese Vorschrift des Gesetzes ist zu billigen, denn wenn auch durch das Erfordernis, dass der ganze Inhalt der Urkunde vom Aussteller selbst geschrieben werden soll, die Vorteile der Formvorschriften am besten zur Geltung kämen, so ist es andererseits für den Rechtsverkehr sehr erschwerend, wenn das eigenhändige Niederschreiben der ganzen, oft sehr ausführlichen Verträge verlangt wird.

Der Sinn der Bestimmung des Gesetzes

„eigenhändig durch Namensunterschrift“ ist in der Literatur und Praxis bestritten. Nach einer Ansicht darf der Aussteller der Urkunde eigenhändig nur seinen Namen unterschreiben, sodass im Falle einer Vertretung der Vertreter die Urkunde nicht mit dem Namen seines Machtgebers unterschreiben darf, sondern nur mit seinem eigenen. Die Verteidiger dieser Ansicht[2] führen aus: Das Bürgerliche Gesetzbuch enthalte in § 126, Abs. 1 überhaupt keine besondere Bestimmung für den Fall einer Vertretung. Es spreche nur von dem Aussteller und bestimme, was dieser als solcher zur Erfüllung der einfachen Schriftform zu tun habe, ohne zu unterscheiden, ob er die schriftliche Erklärung im eigenen Namen oder in Vertretung eines anderen abgebe. Es könne daher nur angenommen werden, dass das Wort „Namensunterschrift“ für jeden Fall in dem gleichen Sinne gebraucht sei. Da nun der Aussteller der Urkunde zweifellos mit seinem Namen eigenhändig zu unterzeichnen habe, wenn er die Willenserklärung im eigenen Namen abgebe, so müsse er aus den angeführten Gründen auch dann mit seinem Namen eigenhändig unterzeichnen, wenn er in Vertretung eines anderen handele.

---

2) Vergl. vor allem Müller in der D. J. Z. 1900 S. 497, 498; Loewe S. 28; Rehbein I S. 156; Tränker S. 325; Eck I S. 156; Endemann I S. 300 Anm. 8; Planck I S. 229; Staudinger I S. 375; Goldmann-Lilienthal I S. 118, 119; Strübe, in Badischer Rechtspraxis 1902, S. 297; Lehmann S. 92; Rotmann S. 27/28; Kuchert S. 46, 47, 48; für sie hat sich auch OLG. Marienwerder ausgesprochen, Rechtsspr. dieses OLG, Bd. II S. 51.

Diese Argumentation ist aber nicht überzeugend. Gewiss spricht das Gesetz im § 126, Abs. 1 nur vom Aussteller als solchem und bestimmt, was er zur Erfüllung der einfachen Schriftform tun soll, ohne zu unterscheiden, ob er die schriftliche Erklärung im eigenen Namen oder in Vertretung eines anderen abgibt. Aber gerade deswegen, weil im § 126 keine besondere Bestimmung für den Fall einer Vertretung enthalten ist, muss diese Vorschrift des § 126, Abs. 1 in Verbindung gebracht werden mit den §§ 164, Abs. 1 und 167, Abs. 2. Die Vorschrift des § 126, Abs. 1 umfasst beide Fälle: Dass der Aussteller die schriftlich abzugebende Willenserklärung für sich selbst abgibt und dass der Aussteller als Vertreter eines anderen auftritt. Das Wort „Namensunterschrift" bedeutet im Falle, dass der Aussteller für sich selbst handelt, natürlich nur die Unterschrift des Namens des Ausstellers, im Falle aber, dass er in Vertretung eines anderen handelt, kommen beide Namen, der des Vertreters und der des Vertretenen in Betracht. Das Gesetz sagt nicht: „durch seine (des Vertreters) Namensunterschrift", noch sagt es: „durch des Machtgebers Unterschrift", woraus folgt, dass beides zulässig ist.[3] Nach § 167, Abs. 2 unterliegt es keinem Zweifel, dass eine Vertretung bei Abgabe von formellen Willenserklärungen überhaupt zulässig ist. Diese

3) Diese Ansicht ist in der Litteratur von Staub vertreten (Deutsche Juristenzeitung 1900, S 338), sowie von Dernburg I S. 113; Cosack I § 67 II 4; Marcus in „Das Recht" 1900, S. 10/11. Derselben Ansicht ist auch das RG. (Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 151).

Vorschrift kann nur den Sinn haben, dass der Vertreter alle Förmlichkeiten erfüllen kann, die der Vertretene selbst zu erfüllen hätte, wenn er in eigener Person die förmliche Erklärung, in unserem Falle also die schriftliche, abgeben würde. Wie der Vertretene selbst seinen Namen unterschreiben müsste, um die schriftliche Willenserklärung zustande zu bringen, so steht dem Vertreter kraft der erteilten Vollmacht das Recht zu, den Namen des Vertretenen zu unterzeichnen. Es ist immer anzunehmen, dass im Falle einer Bevollmächtigung zur Abgabe einer schriftlich zu erfolgenden Willenserklärung der Bevollmächtigte auch ohne ausdrückliche Erwähnung das Recht hat, den Namen des Vollmachtgebers zu unterschreiben, und dass es notwendig ist, wenn man diese Befugnis ausschliessen will, bei der Vollmachtserteilung dies besonders hervorzuheben, denn die Vertretungsmacht zur Abgabe von schriftlichen Erklärungen umfasst von selbst die Befugnis, den Namen des Vertretenen zu unterzeichnen, weil der Vertreter die Macht bekommt, eine vollendete schriftliche Erklärung abzugeben, und dieselbe wird erst durch die Unterschrift vollendet. Mit seinem eigenen Namen kann der Vertreter die Urkunde unterzeichnen, weil ihm nach § 164, Abs. 1 und § 167, Abs. 2 das Recht zusteht, durch seine schriftlichen Erklärungen für den Vertretenen zu handeln.

Es ist auch die Behauptung unrichtig, dass der Aussteller in dem Schriftstücke erkennbar machen muss, dass die darin enthaltene Erklärung seine,

wenn auch im Falle einer Vertretung für den Vertretenen abgegebene Erklärung ist, woraus man dann den Schluss zieht,[4] dass dies nur dann geschieht, wenn der Aussteller mit seinem, nicht wenn er allein mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt. Unrichtig ist diese Behauptung deshalb, weil nirgends im Gesetze vorgeschrieben ist, der Aussteller müsse in dem Schriftstücke erkennbar machen, dass die darin enthaltene Erklärung die seine ist. Der Aussteller als Vertreter kann sogar die schriftliche Erklärung so erteilen, dass sie dem Uneingeweihten als vom Vertretenen selbst abgegeben aussieht, wenn nur die Umstände, die nur den Beteiligten bekannt sind, ergeben, dass die schriftliche, vom Vertreter abgegebene Willenserklärung die seine, aber im Namen des Vertretenen abgegeben ist. Ein Hausverwalter, dem vom Hauseigentümer die Befugnis eingeräumt ist, die fälligen Mietzinsen von den Mietern zu erheben, kann darüber wirksam schriftliche mit dem Namen des Hauseigentümers versehene Quittungen ausstellen, wenn auch aus denselben nicht ersichtlich ist, dass die Empfangserklärung seitens des Hausverwalters als Vertreters erteilt ist, wenn es auch aussieht, als wäre sie vom Hauseigentümer abgegeben. Sie entspricht doch der Vorschrift des § 126, Abs. 1, weil sie gemäss den §§ 164, Abs. 1 und 167, Abs. 2 vom Vertreter abgegeben und für die Beteiligten die Umstände, unter welchen sie erfolgt ist, ergeben, dass sie im Namen des Hauseigentümers abgegeben wurde.

4) Siehe Müller a. a. O.

Ebensowenig kann man der Meinung beipflichten, der Vertreter dürfe mit dem Namen des Vertretenen deshalb nicht unterschreiben, weil man unter „Namensunterschrift“ das „Zeichen“ versteht, durch welches eine Person schriftlich eine Willenserklärung betätigt. Dieses Zeichen sei für die Schreibkundigen der Namenszug, für die Schreibunkundigen das Handzeichen. Der Namenszug, sein Zeichen, könne und dürfe aber seiner Natur nach nur derjenige gebrauchen, der Träger des Namens ist (Strübe, a. a. O.). Denn auch im Falle, dass der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet, betätigt er damit vollkommen eine Willensäusserung (die in der unterzeichneten Urkunde enthaltene). Der Vertreter versetzt sich bei der Abgabe der Willenserklärung in die Lage des Vertretenen, und so wie dieser die Erklärung mit dem Zeichen der Namensunterschrift vollendet haben würde, ebenso macht es der Vertreter, indem er mit dem Namen desjenigen unterschreibt, für welchen er die Willenserklärung abgibt. Der Ansicht aber, dass den Namenszug, sein Zeichen, der Natur der Sache nach nur der Träger des Namens gebrauchen darf, kann man nicht beitreten, denn es ist eben mindestens eine streitige Frage, ob nur der Träger des Namens oder auch sein Vertreter den Namenszug verwenden darf, und diejenigen, die dies verneinen, sollen für ihre Ansicht überzeugendere Gründe anführen, nicht „die Natur der Sache“, da auch die gegenteilige Ansicht mit gutem Recht sich auf die Natur der Sache berufen kann. Die Auffassung des Obertribunals, dass das

Recht der Namensunterschrift ein Ausfluss der Persönlichkeit und daher nicht übertragbar ist, ist, wie Staub a. a. O. mit Recht bemerkt, längst überwunden, und die gegenteilige Auffassung von den obersten Gerichten längst vertreten worden (vgl. ROHG. Ent. Bd. V, S. 263, 271, RG. Bd. IV, S. 307, Bd. 30, S. 406. Vgl. auch Lehmann S. 39).

Hiernach stellen die Bestimmungen des HGB. §§ 51, 57, nach welchen die Unterzeichnung einer Urkunde durch den Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten mit der Firma des Handelsgeschäftes gestattet ist, keine Abweichung von civilrechtlichen Grundsätzen dar, wie die Gegner behaupten, sondern sie sind Ordnungsvorschriften, welche die Befugnis des Vertreters, den Namen des Machtgebers zu zeichnen, voraussetzen (Staub, a. a. O.).[5]

---

5) An dieser Stelle sei nebenbei erwähnt, dass die Zulässigkeit der Unterzeichnung der schriftlichen Erklärungen durch Vertreter sowohl mit ihrem eigenen, als mit dem Namen des Machtgebers auch für das Gebiet des Wechselrechts nicht bestritten werden darf. Art. 4 No. 5 der W. O. verlangt, dass der Wechsel die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder Firma enthalten muss, Art. 12, dass der Indossant seinen Namen oder seine Firma schreiben, Artikel 21, dass der Acceptant seinen Namen oder seine Firma schreiben muss. In allen diesen Fällen steht es dem Vertreter frei, entweder seinen eigenen Namen oder den des Vertretenen zu unterzeichnen. Staubs Ansicht in dem schon erwähnten Aufsatz, dass in den oben angeführten Fällen der Vertreter nicht seinen Namen, sondern den des Vertretenen unterzeichnen muss, weil das Gesetz die Unterzeichnung mit „seinem" (des Ausstellers, Indossanten, Acceptanten) Namen verlangt, ist unbegründet. Auch wenn der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht mit seinem eigenen Namen den Wechsel unterzeichnet, so ist rechtlich die Unterschrift des Vertreters die des Machtgebers; gemäss § 164 des BGB. wirkt die abgegebene Unterschrift des Vertreters für und gegen den

Doch man muss denjenigen Recht geben, die behaupten, dass die Motive (Bd. I, S. 185) die Auffassung bestätigen, dass der Vertreter nur mit seinem eigenen Namen unterzeichnen darf. Diese Auffassung aber hatte durch den Wortlaut des § 126 nicht den notwendigen Ausdruck gefunden und kann nicht berücksichtigt werden. Ebenso haben die Verteidiger der gegenteiligen Ansicht entschieden recht, wenn sie behaupten, dass der Gläubiger und noch mehr sein Rechtsnachfolger in einer Beziehung besser gestellt ist, wenn man ihre Ansicht als die dem Gesetze entsprechende annimmt, nämlich dass der Gläubiger und sein Rechtsnachfolger im Falle der Zulassung der Namensunterschreibung mit dem Namen des Machtgebers die Gefahr läuft, nach längerer Zeit beim Bestreiten der Echtheit der Unterschrift in die Lage versetzt zu werden, den ihm obliegenden und manchmal schwer zu erbringenden Beweis einer Vertretung, die bis dahin garnicht in Frage stand, zu führen, was bei Nichtzulassung der

---

Vertretenen. Wenn das Gesetz in den erwähnten Artikeln „die Unterschrift des Ausstellers mit s e i n e m Namen u. s. w." verlangt, so hat er nur den Fall vor Augen gehabt, dass der Verpflichtete in eigener Person die Unterschrift vollzieht, und für den Fall einer Vertretung heben die Motive zu § 85 des preuss. Entw. einer W. O. ausdrücklich hervor, es bedürfe keiner Vorschriften über Unterzeichnung durch Bevollmächtigte, Disponenten, weil diesbezgl. die allgemeinen Grundsätze des Civil- und des Handelsrechts entscheiden. Es ist also die im Verkehr geübte Praxis, die Wechselunterschriften in der Weise zu bewirken, dass der Vertreter seinen eigenen Namen unterschreibt und dieser Unterschrift den Namen oder die Firma des Vertretenen auf mechanischem Wege z. B. durch Unterstempelung beifügt, durchaus gesetzmässig. Vgl. hierzu den Aufsatz von Heuer, Deutsche Juristenzeitung 1900, S. 498.

Unterschreibung mit dem Namen des Vertretenen nicht vorkommen kann. Aber andererseits ist die von mir geteilte Ansicht trotz dieser Gefahr vorzuziehen, da sie den dringenden Anforderungen des Verkehrs entgegenkommt. Ganz treffend sagt hierzu Dernburg, BR. I, S. 413: „Wenn ein Machtgeber einen aus seinem Geschäfte abgesandten, nach seinem Auftrag ausgestellten Verpflichtungsschein, um deswillen gegenüber dem Empfänger, welcher vom Hergange nichts ahnt, verleugnen darf, weil der Bevollmächtigte die Urkunde mit dem Namen seines Machtgebers, nicht mit seinem eigenen unterzeichnet hat, so wäre die Sicherheit des Verkehrs gefährdet, Treu und Glauben bedroht".[6]

Das Erfordernis, dass die Unterzeichnung der Urkunde eigenhändig erfolgen soll, hat den Sinn, dass der Aussteller mit eigener Hand oder, falls dies nicht möglich ist, mit Fuss oder Mund die Urkunde unterschreibt. Er darf sich eines anderen als Werkzeuges zur Unterzeichnung des Namens nicht bedienen. Wird ihm die Hand beim Unterschreiben geführt, sei es nach seinem Wunsche oder gewaltsam, so liegt dann keine eigenhändige Unterschrift vor, denn dann ist er nicht der Erzeuger der Unterschrift, sondern derjenige, der ihm die Hand

6) Wenn man zugibt, dass der Vertreter auch mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben darf, so gelangt man damit nicht dazu, auch die Ausführung eines „eigenhändig geschriebenen" Testamentes durch einen anderen für zulässig zu erklären, wie Loewe S. 28 meint. Denn bei der Testamentserrichtung ist eine Vertretung schlechthin ausgeschlossen. — § 2064. Deshalb hat es keine Bedeutung, wenn der andere auf Geheiss des Testators das Testament niederschreibt.

geführt hat. Der Aussteller hat hier nicht mit eigener Hand geschrieben, sondern mit fremder, die sich der Hand des Ausstellers wie einer leblosen Sache bedient hat, so wie man sich etwa des Federhalters bedient.[7]

Das Gesetz verlangt, dass die Urkunde vom Aussteller durch Namensunterschrift unterzeichnet wird. Er muss also die Schrift benutzen. Auf das Material, womit die Schrift hergestellt wird, kommt es nicht an. So kann der Aussteller einen mit Tinte und Feder geschriebenen Aufsatz mit Bleistift unterschreiben und umgekehrt oder sich der Kreide und Schreibtafel, des Pinsels und der Leinwand bedienen, die auf Papier oder Pergament oder auf anderem Material hergestellte Urkunde unterschreiben. Das Erfordernis der Schrift schliesst die Anwendung von stenographischen Zeichen und Ziffern, von Schreibmaschinen,[8] Stempelung, Druck

---

7) So auch Scherer. Komm. I S. 225 und das erste Jahr des BGB. S. 65. A. Ansicht Staudinger I S. 375 ohne Angabe von Gründen. So auch Schneider, welcher zum § 177 bemerkt, dass die Unterschrift des Protokolls auch dann eine eigenhändige bleibt, wenn dem Unterschreibenden die Hand geführt wird. Gegen ihn mit Recht Pfirstinger S. 22: „Eine Unterschrift, bei der dem Schreibenden von einem Dritten die Hand geführt wurde, ist keine eigenhändige im Sinne des Gesetzes. Eine eigenhändige Unterschrift im Sinne des Gesetzes ist nur eine Unterschrift, die ein des Schreibens Kundiger ohne fremde Beihülfe vollzogen hat."

8) Dafür Weyl, Vorträge I S. 238. Gegen ihn Dernburg I S. 412 Anm. 12: „Der Wortlaut des Gesetzes spricht wohl für Bejahung, der Zweck des Gesetzes steht ihm aber entgegen, da die Unterschrift mit der Schreibmaschine ein individuelles Gepräge so wenig hat, als die mit einem Firmenstempel." — Ich glaube, dass auch der Wortlaut des Gesetzes dagegen spricht, denn die Worte des Gesetzes „eigenhändig durch Namensunterschrift"

und anderen mechanischen Mitteln zur Unterzeichnung des Namens aus. Es ist eine sehr kluge und nützliche Anordnung des Gesetzgebers, dass er das Unterschreiben des Namens verlangt. Erstens weil dadurch die Namensunterschrift, das individuelle, leicht erkennbare Gepräge erhält, welches von grosser Wichtigkeit ist im Falle einer Fälschung der Unterschrift und Notwendigkeit einer Schriftvergleichung, und zweitens, weil dadurch erreicht wird, dass der Aussteller mehr Zeit braucht zum Unterschreiben der Urkunde, wodurch eine Übereilung verhütet wird. Die Anwendung von mechanischen Mitteln ermöglicht massenweise Verfertigung von Namensunterschriften auf leeren Blanketts durch den Aussteller oder von dritten Personen, die dann nach Bedürfnis verwendet werden können. Durch Erfordernis der eigenhändigen Unterschreibung des Namens wird der Aussteller gezwungen, selbst zur Feder zu greifen und nochmals sich die Sache zu überlegen. Wo aber ein Bedürfnis besteht, nach mechanischer Herstellung von Namensunterschriften, wie bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, da hat das Gesetz eine Ausnahme gemacht und solche Unterschriften gestattet (§ 793).

Die Urkunde muss vom Aussteller eigenhändig durch **Namens**unterschrift unterzeichnet werden. Hierbei kann fraglich sein, mit welchem Namen der Aussteller unterschreiben darf, ob nur mit Vornamen

---

deuten auf den ersten Blick darauf hin, dass ein Schreiben nötig ist, die Schreibmaschine aber erinnert sogleich an etwas Mechanisches, wie Stempelung, Druck etc.

oder mit Familiennamen oder auch mit willkürlich gewähltem Namen? Da das Gesetz nur die Unterzeichnung des Namens verlangt, so nimmt man an, dass man wie mit dem Vornamen, so auch mit dem blossen Familiennamen und willkürlich gewähltem Namen unterschreiben darf. Dagegen erklärt sich prinzipiell Josef (i. Arch. f. civ. Pr., Bd. 94, S. 465 ff.) gegen die Auffassung, dass jemand eine Urkunde, die nach Gesetzesvorschrift mit der Namensunterschrift zu versehen ist, mit beliebigem, willkürlich gewähltem Namen unterschreiben darf. Seiner Ansicht nach verlangt das Gesetz die Unterschrift des jemandem rechtlich zustehenden Namens, d. h. die Unterschrift mit dem Familiennamen. Nur diesen rechtlich zustehenden Namen meinte das Gesetz, als es die Namensunterschrift erforderte. Deswegen stellen die Künstler- und Schriftstellernamen, auch wenn sie in weitesten Kreisen bekannt sind, nicht die Namensunterschriften im rechtlichen Verkehr dar. „Wo das Gesetz von jemandes Namen spricht, insbesondere die Namensunterschrift verlangt, kann es nur den ihm rechtlich zustehenden Familiennamen verstehen, denn nur dieser hat auf allseitige Anerkennung allein Anspruch für alle . . . .“ Für das Bürgerliche Gesetzbuch gibt Josef zu, dass es nicht den Gebrauch des Familiennamens, sondern nur „Namens“unterschrift verlangt, indem auch die Motive ausdrücklich erwähnen, dass man nicht die Unterzeichnung mit dem richtigen Familiennamen allgemein vorschreiben wollte. Daher sind sehr wohl Fälle denkbar, wo eine Urkunde

rechtswirksam ist, obwohl sie nicht mit dem dem Aussteller zustehenden Familiennamen unterzeichnet ist. Der Aussteller muss nämlich auch eine andere Namensunterschrift gegen sich gelten lassen, wenn nach den vom Gegenbeteiligten vorzubringenden besonderen Umständen die Ablehnung der Rechtswirksamkeit der Unterschrift sich als eine Arglist des Ausstellers, als Verstoss gegen die guten Sitten und gegen Treu und Glauben darstellen würde. Solche besondere Umstände, welche auch eine an sich unwirksame Unterzeichnung dennoch als rechtswirksam erscheinen lassen, sind z. B., wenn jemand mit seinem allgemein bekannten Künstlernamen unterzeichnet, oder wenn jemand im Verkehr mit Verwandten und Freunden mit dem Vornamen unterschreibt: abgesehen von diesen Fällen ist die Unterzeichnung mit einem anderen als dem richtigen Familiennamen nicht verbindlich. Da hiernach die Rechtswirksamkeit der Urkunde grundsätzlich durch die Unterzeichnung mit dem richtigen Familiennamen bedingt ist, so hat der Gegenbeteiligte unter allen Umständen einen Anspruch, dass diese Form vom Aussteller auch gewahrt werde. Auch im Falle, dass der Aussteller mit einem von ihm geführten Künstlernamen unterschrieben hat, kann der Berechtigte die nochmalige Unterzeichnung mit dem richtigen Namen verlangen, denn der Berechtigte kann beanspruchen, dass die Wahrung der schriftlichen Form aus der Urkunde selbst hervorgehe; er ist nicht verpflichtet, als Erfüllung der Schriftform eine Namensunterschrift gelten zu lassen, die nur

beim Hinzutritt besonderer von ihm zu erweisender Umstände als rechtswirksam gilt.

Diesen Ausführungen ist im allgemeinen zuzustimmen, nur meine ich, dass Josef zu weit geht, wenn er behauptet, dass der Gegenbeteiligte unter allen Umständen vom Verpflichteten verlangen kann, dass er mit seinem Familiennamen unterschreibt. Hat z. B. ein unter seinem Künstlernamen allgemein bekannter Schauspieler mit diesem die Urkunde unterzeichnet, so wäre es doch eine reine Chikane, von ihm die nochmalige Unterzeichnung mit seinem, fast niemandem bekannten Familiennamen zu verlangen. Bei Unterzeichnung eines solchen Künstlernamens hat der Gegenbeteiligte keine besonderen Umstände zu erweisen, durch deren Hinzutritt die Namensunterschrift erst als rechtswirksam gelten würde. Das Vorhandensein solcher Unterschrift stellt ohne weiteres die nach § 126 erforderliche und verbindliche Namensunterschrift dar, denn § 126 verlangt nur objektiv die Namensunterschrift, und wenn ein Künstler mit seinem allgemein bekannten Künstlernamen unterschrieben hat, so hat er, vorausgesetzt, dass auch Künstlernamen „Namen" sind, der Vorschrift des § 126 vollständig genügt, und der Gegenkontrahent hat in dieser Hinsicht nichts weiter zu verlangen.

Da nach der Gesetzesvorschrift ein Name als Unterschrift gebraucht werden muss, wie dieser Begriff im bürgerlichen Leben verstanden wird, so liegt keine Namensunterschrift vor, wenn jemand z. B. mit „Medikus" oder „Judex" unterschreibt, trotzdem

er unter diesem Namen schriftstellerisch hervorgetreten ist.[9] Ebensowenig darf man nur mit einem jemandem zukommenden Titel unterschreiben, z. B. „Graf", „Baron", „Landrat", oder nur mit einem das Verwandtschaftsverhältnis bezeichnenden Wort, z. B. „Dein Vater",[10] denn diese Bezeichnungen sind keine Namen. Es ist auch nicht gestattet, nur Anfangs- oder einzelne Buchstaben seines Namens als Namensunterschrift zu gebrauchen, denn durch die Schrift muss der Name als Wort wiedergegeben werden; die einzelnen Buchstaben sind nur Handzeichen, die den Namen nicht bezeichnen.

Es geschieht leider im Rechtsverkehr öfters, dass die Namensunterschrift unleserlich ist. Nach den Anschauungen des Rechtslebens und -Verkehrs sind auch unleserliche Unterschriften gültige Unterschriften. Dernburg bemerkt hierzu (BR. I., S. 411): dass unleserliche Unterschriften genügen, wenn die Schriftzüge den Buchstaben des Namens annähernd entsprechen. Gegen diese allgemein verbreitete Auffassung erklärt sich Michels (Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 141), indem er behauptet, dass unleserliche Unterschriften, da sie die vom Gesetz erforderte Schriftform nicht erfüllen, rechtsunwirksam seien. Seiner Ansicht nach muss man davon ausgehen, dass das Erfordernis der Schriftform verständige Schriftzeichen verlangt. Unterschrift und Handzeichen, für welches die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung verlangt wird, unter-

9) Staudinger S. 75.

10) Dernburg B. R. I S. 411: Aber „Dein Vater Paul" würde genügen, weil Paul Name ist. Goldmann-Lilienthal S. 118Anm. 3.

scheiden sich dadurch, dass die Unterschrift eine Schrift ist, etwas Lesbares, das Handzeichen ein willkürliches Zeichen, an Stelle einer lesbaren Schrift ist, ganz gleichgiltig, ob dies Zeichen von lesbaren Schriftzügen sich mehr oder weniger entfernt oder einzelne lesbare Buchstaben in sich aufnimmt. Gegen die Behauptung Staubs in seinem Kommentar zur WO., Art. 94, die unleserliche Handschrift eines Schriftkundigen gelte deshalb als Namenszug, weil sie als Schrift und nicht als blosses Handzeichen gelten wolle, und dies entscheide, bemerkt Michels ganz richtig, dass der Begriff „Schrift" aus objektiven Grundlagen herzuleiten ist, und dass der Unterschied zwischen Schrift und Handzeichen nicht lediglich in der subjektiven Absicht, zu schreiben oder ein Handzeichen anzufertigen beruhen kann, sondern in der äusseren Form, in der diese Absicht sich bekundet.

Michels Ansicht ist zu billigen, wenn er unter „unleserlichen" Unterschriften solche versteht, die absolut unverständlich sind. Es ist aber vor allem sehr schwer, die Unleserlichkeit, besonders bei Namensunterschriften zu definieren, denn was für einen mit der Schreibweise des Unterschreibenden nicht Vertrauten unleserlich ist, ist für einen damit Vertrauten leserlich. Wo ist das Kriterium für die Entscheidung, ob eine Namensunterschrift leserlich oder unleserlich ist? Auf diese Frage ist Michels die Antwort schuldig geblieben. Ausserdem liegt es im Interesse der Rechtssicherheit, danach zu streben, die Urkunden, soweit es irgend geht, als

giltige zu erhalten. Deshalb ist Dernburgs Ansicht beizupflichten.

Ein weiteres Erfordernis des Gesetzes ist, dass die Urkunde durch **Unter**schrift des Namens unterzeichnet wird. Das will besagen, dass die Namensunterschrift, örtlich genommen, nach der niedergeschriebenen Erklärung zu setzen ist. „Unterschrift" ist eigentlich kein terminus technicus, deshalb muss massgebend sein, wie dieses Wort im Verkehr verstanden wird. So liegt eine Unterschrift auch dann vor, wenn sie in Fortsetzung des Textes gesetzt wird, z. B.: Hiermit bestätige ich, von Herrn Schulze die mir geschuldeten 100 M. empfangen zu haben. Müller, Schneidermeister. Wenn die Motive S. 185 erklären, dass die Unterschrift durch ihre örtliche Stellung sich äusserlich als eine den Inhalt der Urkunde deckende und dieselbe vollendende Willenserklärung darstellen muss, so ist es ganz richtig, nur ist damit noch nicht gesagt, dass dies nur dann geschieht, wenn die Unterschrift unter den Text gesetzt wird, denn auch in der oben angeführten Quittung deckt die Namensbezeichnung den Inhalt der Urkunde und vollendet die Willenserklärung, wie auch dann, wenn sie in einer Reihe mit dem Text steht: Empfangen von H. Schulze 100 M. monatliches Gehalt. Müller. Oder bei einer Bürgschaftserklärung: Gut für 1000 M. Müller. Etwas anderes ist es, wenn die Namensunterschrift über dem Text steht oder so weit abseits, dass eine Zusammengehörigkeit mit dem Text unersichtlich ist.[11]

11) Derselben Ansicht sind Goldmann-Lilienthal I S. 118; Hölder I S. 282; Loewe S. 30; Dernburg I S. 411; Planck I S. 299

Im Zusammenhange mit dieser Frage ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob die Namensunterschrift zeitlich der zu unterschreibenden Erklärung folgen muss, d. h.: Muss beim Unterschreiben des Namens schon eine aufgeschriebene Erklärung vorliegen oder ist es gestattet, auf einem Blankett den Namen zu unterzeichnen und nachher über die Namensunterschrift die Willenserklärung niederzuschreiben. Ich glaube, dass es selbstverständlich ist, dass man ein Blankett unterschreiben darf, welches man nachher mit einer bestimmten Willenserklärung ausfüllt. Vor allem weiss derjenige, der das Blankett unterschreibt, im grossen und ganzen beim Unterschreiben desselben, was über seine Unterschrift geschrieben werden wird, und wenn er ein Blankett unterschreibt und dieses zur Ausfüllung seinem Kontrahenten übergibt, so hat er sozusagen eine mündlich schon festgesetzte Willenserklärung unterschrieben. Es folgt also auch in diesem Fall der Erklärung die Unterschrift. Wer ein Blankett unterschreibt, ohne vorher zu wissen, was über seine Unterschrift niedergeschrieben werden soll, bezeugt dadurch, dass seine Unterschrift keinen ernsten Sinn hatte, dass er damit kein Rechtsgeschäft vor Augen hatte, sondern aus andern Gründen seinen Namen unterschrieben hat. Gelangt

---

verlangen, dass die Unterschrift unter die Erklärung gesetzt wird. Dernburg aber in einem Aufsatz in der D. J. Z. Jg. 1904 S. 5 vertritt die Ansicht, dass die Unterschrift auch dann gültig ist, wenn sie in derselben Reihe unmittelbar hinter dem Kontext geschrieben ist. So auch Lehmann S. 108, 109.

ein so unterschriebenes Blankett in fremde Hand, die es mit einer Willenserklärung ausfüllt und benutzt, so ist das eine strafbare Handlung und bindet den Unterschreibenden nicht. Solche Fälle scheiden also aus. Dass im Entw. I, § 92, Abs. 1 vorgeschrieben war: „. . Muss die Urkunde unterzeichnet s e i n . .“, und dass das Bürgerliche Gesetzbuch dies in „. . muss die Urkunde unterzeichnet w e r d e n . . .“ abgeändert hat, spricht meiner Ansicht nach nicht zu Gunsten der Meinung, dass die Unterschrift immer der niedergeschriebenen Willenserklärung folgen muss, wie L o e w e (S. 31, 32) annimmt. Es kann manchmal geschehen, dass eine auf einem Blankett gesetzte Unterschrift unwirksam bleibt dadurch, dass der Schreiber der Erklärung dieselbe so weit über oder neben die Unterschrift setzt, dass die letztere die Erklärung nicht deckt, dass die Erklärung und Unterschrift nicht als zueinander gehörige Teile einer Urkunde erscheinen, a b e r d a s s d i e s m a n c h m a l m ö g l i c h i s t, ist kein Grund, wie L o e w e will, den andern Urkunden, bei welchen die Erklärung und Unterschrift ersichtlich im Zusammenhange stehen, die Gültigkeit deshalb abzusprechen, weil zuerst die Unterschrift und dann die Erklärung niedergeschrieben sind. Aus dem Gesetze ist ein solches Erfordernis bei ungezwungener Auslegung mit Sicherheit nicht zu entnehmen, es besteht auch kein Grund es hineinzuinterpretieren.[12]

---

12) Derselben Ansicht sind: Eck I S. 156; Tränker S. 326;

Was die Frage anlangt, ob die Unterschrift auch die Abänderungen und Zusätze deckt, welche an der bereits unterschriebenen Urkunde vorgenommen werden, so stimme ich Dernburg (BR. I, S. 411—412) bei, dass an der Parömie festzuhalten ist: Qui subcribit, scribit, vorbehaltlich des Gegenbeweises, dass die Hinzufügung ohne den Willen des Unterschreibenden erfolgte, aber mit einer Beschränkung. Es ist nur dann zu vermuten, dass die Abänderungen und Zusätze mit der Hand oder mit dem Willen des Unterschreibenden erfolgt sind, wenn sie minder wichtige, in der Urkunde aufgenommene Vereinbarungen betreffen. Wenn aber die Abänderungen und Zusätze sich auf die wichtigeren Vereinbarungen beziehen, z. B. wenn das die Geldsumme bezeichnende Wort durchgestrichen ist und darüber ein anderes geschrieben, so hat dies zur Folge, dass die Unterschrift diese Abänderung nicht deckt, und derjenige, welcher auf solcher Abänderung besteht, muss sie auf andere Weise beweisen.

Handzeichen. Eine in schriftlicher Form abzugebende Willenserklärung kann nach Gesetzesvorschrift vom Erklärenden unterzeichnet werden durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens (§ 126, Abs. 1). Der Erklärende hat nach seinem Belieben die Wahl, die Namensunterschrift auf die Urkunde zu setzen oder ein beglaubigtes Handzeichen. In

Lehmann S. 115. So auch die Entsch. des RG., Jur. W. 1904 S. 196. Dagegen Staudinger I S. 374.

den meisten Fällen werden sich des Handzeichens die des Schreibens Unkundigen bedienen oder Schreibenskundige, wenn sie tatsächlich verhindert sind, die Urkunde zu unterschreiben, etwa wegen dauernden oder vorübergehenden Handgebrechens, und solche Personen hat der Gesetzgeber hauptsächlich vor Augen gehabt, aber auch den Personen, die schreibenskundig und im Stande sind, den Namen zu unterschreiben, steht es frei, statt dessen das Handzeichen zu gebrauchen. Wer aber nicht einmal im Stande ist, eigenhändig das Handzeichen auf die Urkunde zu setzen, für den ist die Verwendung der schriftlichen Form ausgeschlossen; er muss sich der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedienen. Was die Beschaffenheit des Handzeichens betrifft, so hat der Gesetzgeber davon abgesehen, besondere Handzeichen (etwa die üblichen Kreuze) zu verlangen, sondern den Parteien überlassen, beliebige Handzeichen an die Stelle, wo gewöhnlich Namensunterschrift erfolgt, zu setzen, wenn sie nur die Ernstlichkeit des Unterzeichnens bekunden. Es ist aber erklärlich, dass das blosse Handzeichen nicht als Äquivalent der Unterschrift betrachtet werden kann. Vor allem fehlt ihm das individuelle Gepräge, wodurch sich die Schrift auszeichnet und welches im Falle der Fälschung und Vergleichung ausschlaggebend ist für die Entscheidung der Echtheit. Das von Müller auf eine Urkunde gesetzte Kreuz lässt sich sehr oft nicht unterscheiden von demjenigen des Schulze und sehr häufig sind auch die von derselben Person auf verschiedene

Urkunden gesetzten Zeichen von einander verschieden. Wenn schon das Handzeichen die Stelle der Namensunterschrift vertreten soll, so musste man mit Rücksicht auf Rechtssicherheit dafür sorgen, dass dasselbe einer solchen Funktion fähig gemacht wird. Dies hat man dadurch erreicht, dass für das Handzeichen die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung vorgeschrieben wurde.[13]

Für die gerichtliche Beglaubigung von Handzeichen sind nach § 167, Abs. 1 des Reichsgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit die Amtsgerichte zuständig. Was das Verfahren bei einer Beglaubigung betrifft, so schreibt § 183 desselben Gesetzes vor, dass die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung geschieht durch einen unter das Handzeichen zu setzenden Vermerk. Der Vermerk muss die Bezeichnung desjenigen, welcher das Handzeichen vollzogen oder anerkannt hat, enthalten, und den Ort und den Tag der Ausstellung angeben, sowie mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehen sein. Die Beglaubigung des Handzeichens aber darf nur

13) Aus den angeführten Gründen ist die gesetzliche Regelung des Gebrauchs von Handzeichen vollkommen gerechtfertigt. Die Forderung Hölders (Arch. f. civ. Pr. B. 73 S. 89) anlässlich der Kritik des ersten Entwurfes, dass das Handzeichen auch ohne Beglaubigung der Namensunterschrift gleichgestellt werde, ist glücklicherweise nicht berücksichtigt worden. Ich glaube aber, dass man besser getan hätte, wenn man für die Beglaubigung von Handzeichen auch die Gemeindebehörden für zuständig erklärte, wie dies vom Württembergischen Staatsministerium und dem General-Komite der landwirtschaftlichen Vereine in Bayern gewünscht wurde. Dies würde bequemer und — billiger sein. Die dagegen vorgebrachten Gründe (Protokolle I S. 90) haben mich nicht überzeugen können.

erfolgen, wenn dasselbe in Gegenwart des Richters oder des Notars vollzogen oder anerkannt wird.[14]

Die Zahl der aufzunehmenden Urkunden. Die zwischen den Parteien bei einem Vertrage zu Stande gekommene Übereinstimmung ist am besten ersichtlich, wenn sie in der über das Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunde zum Ausdruck gelangt. Wenn die Parteien den schriftlich abzuschliessenden Vertrag durch Namensunterschrift auf einer über ihn aufgenommenen Urkunde abgeschlossen haben, so bleibt in der Regel kein Zweifel übrig, dass die Übereinstimmung vollkommen erreicht worden ist. Es wäre also am besten, wenn

---

14) An dieser Stelle möchte ich noch erwähnen, dass ich die Befürchtungen Loewes (S. 36, 37) wegen des Missbrauches des Handzeichens seitens eines schreibkundigen Kontrahenten einem Blinden oder sonst Gebrechlichen gegenüber als begründet betrachte. Es kann wirklich sehr leicht vorkommen, dass ein skrupeloser, schreibkundiger Kontrahent sich des Handzeichens für eine schriftliche Willenserklärung einem Blinden oder sonst Gebrechlichen gegenüber bedient mit der Absicht, diese Erklärung nach gewisser Zeit abzuleugnen. Da im Gesetz über die frw. Gerichtsbarkeit nicht vorgeschrieben ist, dass der Richter oder Notar nach den Gründen für die Unterlassung der Namensunterschrift fragen muss, noch dieselben in dem zu setzenden Vermerk aufgenommen werden müssen, da weiter der Richter und Notar nicht gehalten sind, sich von der Legitimation und Geschäftsfähigkeit der hieran Beteiligten zu überzeugen, so wird man einem sein Handzeichen Ableugnenden umsomehr Glauben schenken, als er schreibkundig ist, und man nicht einsehen kann, warum er nicht seinen Namen unterschrieben haben sollte. Es würde deshalb de lege ferenda ratsam sein, den § 183 der F. G. dahin zu ergänzen, dass im Falle einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung von Handzeichen der Beglaubigungsvermerk auch die Gründe enthalten muss, warum die Namensunterschrift unterblieben ist oder dass die Persönlichkeit der Beteiligten vom Richter bezw. Notar festgestellt werden muss.

man über einen schriftlich abzuschliessenden Vertrag[15] nur eine von beiden Parteien unterzeichnete Urkunde aufnehmen würde. Diese ist aber ein wichtiges Beweismittel, welches sehr oft jede Partei im Original besitzen möchte. Anderseits ist es bei Verträgen unter Abwesenden etwas umständlich, wenn eine Urkunde wegen Unterzeichnung manchmal den weiten Weg zu den einzelnen Kontrahenten machen müsste, besonders, wenn am Vertrage mehrere beteiligt sind. Hier gilt es auch diese Umstände zu berücksichtigen, was der Gesetzgeber auch getan hat. So ist im § 126, Abs. 2 vorgeschrieben, dass bei einem schriftlich abzuschliessenden Vertrage die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen muss. Diese Vorschrift passte ganz gut für den Fall, dass sich die Parteien mit der Errichtung einer Urkunde begnügen. Sollten aber dieselben die Errichtung von mehreren Urkunden verlangen, so bestimmt das Gesetz, dass es genügt, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte

15) Das Bürgerliche Gesetzbuch fordert nur in zwei Fällen die schriftliche Errichtung des Vertrages: nach § 566 bedarf ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, der schriftlichen Form. Dasselbe gilt nach § 581 für einen Pachtvertrag. Bei andern Verträgen ist die schriftliche Form nur für die Erklärung eines Teiles erforderlich — vgl. §§ 761, 766, 780, 781, 1154 — was nur zu billigen ist, indem dadurch der Abschluss von solchen Geschäften sehr erleichtert und zugleich der mit den Formerfordernissen verfolgte Zweck erreicht wird. Hier genügt es also, dass die Urkunde nur vom Versprechenden unterzeichnet wird, die Annahme des Versprechens durch den andern Teil braucht nicht schriftlich zu erfolgen. Durch Parteiverabredungen kann aber bestimmt werden, dass auch andere Verträge schriftlich abgeschlossen werden müssen.

Urkunde unterzeichnet.[16] Wenn aber die Errichtung von mehreren Urkunden vorgesehen ist, dann müssen dieselben gleichlautend sein, d. h. der Inhalt der Urkunden muss derselbe sein, auf ihre Fassung kommt es nicht an. Vereinbaren z. B. die Parteien, dass über einen zwischen ihnen zu errichtenden

16) Das Gesetz sagt „die für andere Partei bestimmte Urkunde". Dies ist diejenige, die bestimmt ist, in den Besitz der andern Partei überzugehen, und worauf sich diese im Streitfalle berufen soll. Es ist nicht notwendig zur Wahrung der schriftlichen Form bei Verträgen unter Anwesenden, dass die unterzeichneten Urkunden zwischen Parteien noch ausgetauscht werden. Denn durch Unterzeichnung selbst ist die Urkunde vollzogen, die schriftliche Form gewahrt und damit der Vertrag abgeschlossen. Im Falle, dass nur eine Urkunde aufgenommen wird, ist übrigens ein Austausch nicht möglich, und es ist ganz gleichgiltig, bei wem die Urkunde verbleibt. Wenn aber nur die Erklärung eines Teiles schriftlich zu erfolgen hat, so muss die Urkunde, um der Formvorschrift zu genügen, noch dem andern Teil übergeben werden, denn nach Gesetzesvorschrift ist in solchen Fällen (§§ 761, 766, 780, 781, 1154) die schriftliche Erklärung des einen Teiles dem andern „zu erteilen", was gleichbedeutend mit der Hingabe der Urkunde ist. In Bezug auf Wahrung der schriftlichen Form bei Verträgen zwischen Abwesenden gilt dasselbe. Denn nach § 130 des BGB. ist eine Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie ihm zugeht. Einem abwesenden Kontrahenten geht nun die schriftliche Erklärung des anderen Kontrahenten erst dann zu, wenn die Urkunde in seine Verfügungsgewalt gelangt. Sollte ihm vom Kontrahenten mitgeteilt werden, dass die für ihn bestimmte Urkunde unterschrieben sei, ohne dass dieselbe in seine Gewalt gelangt, so hat er sich von der schriftlich abgegebenen Erklärung nicht selbst überzeugt, diese ist ihm nicht zugegangen, sondern eine andere Erklärung des Kontrahenten, nämlich die, welche ihm mitteilt, dass die Urkunde unterzeichnet sei. (Die von mir bekämpfte Ansicht vertritt Goldmann-Lilienthal I S. 120 Anm. 1; Hölder I S. 283. Für die von mir geteilte Ansicht auch Eck I S. 156, 157; Traenker S. 326, 327. Für sie hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen. Vgl. Juristische Wochenschrift 1902, Beilage 1 S 190).

Mietvertrag zwei gleichlautende Urkunden aufgenommen werden sollen, und wenn die eine Partei in einem an die andere Partei gerichteten Briefe die vereinbarten Punkte des Vertrages niederschreibt und unterzeichnet, die andere Partei danach eine Urkunde verfasst und unterzeichnet, welche dieselben Punkte enthält, dann liegt in diesem Falle ein gültiger, schriftlicher Mietvertrag vor, weil der Inhalt der Urkunden derselbe ist, wenn auch die Fassung der beiden Urkunden verschieden ist. Doch scheint es mir, dass man zu weit geht und „gleichlautend" zu extensiv interpretiert, wenn man behauptet, dass auch dann die Existenz eines schriftlichen Vertrages nicht ausgeschlossen ist, wenn trotz der Verschiedenheit des Inhalts in den Urkunden, die Auslegung einen bestimmten, durch jedes Exemplar bezeichneten Vertragsinhalt ergibt (Hölder I, S. 282,5). Dass die Urkunden denselben Inhalt haben, muss auf den ersten Blick ersichtlich sein, wobei es natürlich auf geringe Schreibfehler nicht ankommt, und erst dann kann von „gleichlautenden" Urkunden die Rede sein. Sollte man den Inhalt der verschiedenen Urkunden erst durch Auslegung als gleichlautend feststellen müssen, so würde dies zur grössten Verwirrung führen und muss daher entschieden verworfen werden (vgl. hierzu Goldmann-Lilienthal, S. 120, Anm. 4, Gareis, S. 154/55).

Durch das gesetzliche Erfordernis, dass bei Verträgen nur eine oder mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden, wollte man ver-

meiden, dass die Verträge durch Briefe abgeschlossen werden. Dies war die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers (vgl. Motive, Bd. I, S. 189: Prot. I, S. 92; Denkschrift, S. 25), die vollkommen zu billigen ist, denn es ist ganz richtig, wenn diesbezüglich die Motive sagen: „. . . Dass der Briefwechsel als Schriftform keine Begünstigung verdient. Der Inhalt eines Vertrages ist aus der Korrespondenz oft nur mühsam herauszulesen, und könnte daher diese Art der schriftlichen Form leicht zu einer Quelle von Streitigkeiten werden, während doch der Zweck der durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form dahin geht, eine grössere Klarheit des Inhalts des Vertrages zu sichern". Aber damit ist noch nicht gesagt, dass ein Vertragsschluss durch blosse Korrespondenz schlechthin unmöglich geworden ist. Dies wollte auch der Gesetzgeber nicht. Seine Ansicht war vielmehr, dass es nicht gestattet sein sollte, bei Verträgen, für welche Schriftform vorgeschrieben ist, aus der zwischen Parteien gepflogenen Korrespondenz auf einen Vertragsschluss erst zu schliessen. Aus manchen zwischen Parteien gewechselten Briefen ergibt sich das Zustandekommen einer Übereinstimmung zu einem Vertrage erst durch Auslegung, und dies wollte man verhindern. Wenn sich aber aus den zwischen Parteien gewechselten Briefen, von welchen der eine den Antrag, der andere dessen Annahme enthält, klar ergibt, dass eine Übereinstimmung erzielt ist, so ist die Schriftform gewahrt und der Vertrag gültig. Natürlich müssen die

Briefe „gleichlautend“ sein, d. h. in beiden Briefen muss derselbe auf den Vertrag sich beziehende Inhalt sein. Es schadet aber nichts, wenn dazu noch etwas erwähnt ist, was mit dem Vertrage nicht zusammenhängt. Wenn z. B. Müller die mit Schulze vereinbarten Punkte eines Mietsvertrages diesem in Briefform zusendet, worauf Schulze die Annahme derselben wieder in Briefform dem Müller mitteilt, und in demselben Briefe etwas von seinen andern Angelegenheiten hinzufügt, so liegt ein gültiger Mietvertrag vor, trotzdem die Urkunden in Briefform verfasst sind. Ebenso ist nicht ausgeschlossen, dass auf einem Briefe, welcher einen Antrag zum Abschluss eines schriftlich zu errichtenden Vertrages enthält, der Empfänger ein unterschriebenes „einverstanden“ setzt und dem Absender zurücksendet, wodurch der Vertrag als gültig anzusehen ist.[17]

---

17) Dernburg B. R. I S. 414. Es ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob ein Vertragsschluss durch gewechselte, gleichlautende, unterschriebene Telegramme möglich sei. Goldmann-Lilienthal I S. 141 Anm. 25 sind dagegen, weil die Unterschriften der Telegramme nicht für die Parteien, sondern für das Telegraphenamt bestimmt sind. Ebenso Eck I S. 157. Dernburg I S. 414 Anm 22 meint, dass die in dem Telegramm beurkundete Erklärung mit Unterschrift zweifellos für die andere Partei bestimmt sei, womit er auch die Möglichkeit eines Vertragsschlusses durch Telegramme zugibt. Ich kann mich dem nicht anschliessen, denn nach der Vorschrift des Gesetzes ist erforderlich, dass die eine Partei die Urkunde unterzeichnet, welche für die andere bestimmt ist. Die von der Partei unterzeichnete Aufgabeschrift ist doch nicht für die andere Partei bestimmt, sondern für das Telegraphenamt. Deswegen kommt es nicht darauf an, dass die im Telegramme beurkundete Erklärung für die andere Partei bestimmt ist, wenn für sie die Urkunde-Aufgabeschrift, worin die Erklärung enthalten ist, nicht bestimmt war.

Für einseitige, schriftlich abzugebende Willenserklärungen ist es selbstverständlich, dass sie in Briefform erfolgen können, wenn nur der Brief den Anforderungen des § 126, Abs. 1 entspricht. Diesen Anforderungen aber entspricht eine in Briefform abgegebene Willenserklärung nur dann, wenn der unterschriebene Brief für sich allein die ganze schriftlich abzugebende Willenserklärung enthält. Die schriftliche Form ist nicht gewahrt, wenn der unterschriebene Brief z B. nur mit Bezugnahme auf den Brief des anderen den Inhalt des schriftlich abzugebenden Versprechens ersichtlich macht. Es ist daher beispielsweise die nach § 766 erforderliche Schriftform nicht als erfüllt anzusehen, wenn A an B schreibt: Bezugnehmend auf Ihren Brief vom . . . übernehme ich die darin gewünschte Bürgschaft. Diese richtige Ansicht bekämpft Liebenthal, (Dtsch. Juristenzeitung, 1900, S. 297) indem er ausführt: „Gewiss ist unter der Urkunde, welche zur Wahrung der Schriftform von dem Aussteller eigenhändig unterschrieben sein muss, die die Willenserklärung enthaltende Urkunde zu verstehen; dass diese aber zum Zwecke der rechtswirksamen Vollziehung in einem Schriftstücke in fortlaufender Folge der einzelnen Bestimmungen ohne Anlagen, ohne Verweisung auf bereits vorliegende schriftliche Dokumente niedergeschrieben sein müsse, darüber bestimmt das Gesetz nichts. Als selbstverständlich ist dies aber nicht anzusehen oder aus dem Begriffe einer Urkunde notwendig zu entnehmen". Diese Ausführungen sind aber nicht überzeugend. Gerade

aus dem Begriffe der Urkunde ergibt sich von selbst, dass sie für sich allein alles enthalten muss, was den Inhalt der in ihr verbrieften Willenserklärung ausmacht. Wenn für das Bürgschaftsversprechen die Erteilung desselben in der Schriftform erforderlich ist, so liegt eine das Bürgschaftsversprechen enthaltende Urkunde bis dahin nicht vor, bis in die Urkunde alles aufgenommen ist, was zur Erteilung eines verbindlichen Bürgschaftsversprechens notwendig ist. Bis dahin bestehen nur unvollendete Entwürfe ür eine Urkunde. (Vgl. hierzu die Entsch. des RG. Jur. W. 1904, S. 232).

Ein eigenhändig unterschriebenes Telegramm genügt nicht für einseitige schriftlich abzugebende Willenserklärungen, wie es sich aus § 127 ergibt, welcher zur Wahrung der schriftlichen Form die telegraphische Übermittelung nur dann gestattet, wenn die Schriftform durch Rechtsgeschäfte bestimmt ist, und auch dies nur dann, wenn nicht aus dem Rechtsgeschäft ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. (Über die telegraphische Übermittelung siehe unten unter B.)

B. Durch Rechtsgeschäft bestimmte Form.

Nach § 127 gelten die Vorschriften des § 127 im Zweifel auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte Schriftform. Wenn also vorgesehen ist, dass eine abzugebende Willenserklärung der schriftlichen Form bedürfen sollte, so muss die letztere den Erfordernissen entsprechen, die oben unter A.

dargelegt sind, soweit sich aus dem Rechtsgeschäft, durch welches die Schriftform bestimmt ist, nicht ergibt, dass gewisse Abweichungen von den Vorschriften des § 126 zulässig sein sollen. Es muss also zuerst die rechtsgeschäftliche Fortsetzung berücksichtigt werden, und festgestellt werden, ob die Parteien, als sie die Schriftform bestimmten, gerade diejenige wollten, die im § 126 vorgeschrieben ist für Willenserklärungen, welche nach Gesetzesvorschrift schriftlich abgegeben werden müssen, oder die gesetzliche Schriftform noch erschweren, etwa durch das Erfordernis, dass die ganze Erklärung von dem Erklärenden eigenhändig geschrieben sein muss, oder erleichtern wollten, z. B. durch Verstattung der Unterstempelung der Urkunde u. s. w.

Aber auch in dem Falle, dass die Parteien ohne weiteres nur bestimmt haben, dass die schriftliche Form zu beobachten ist, hat der Gesetzgeber, dem Verkehrsinteresse Rechnung tragend, für notwendig erachtet, die Vorschrift des § 126 in Bezug auf die durch Rechtsgeschäfte bestimmte Form zu erleichtern. So ist im § 127 gestattet, dass zur Wahrung der Form für Abgabe von Willenserklärungen, für welche durch Rechtsgeschäft die Beobachtung der schriftlichen Form vorgeschrieben ist, auch die telegraphische Übermittelung, und bei einem Vertrage Briefwechsel genügen soll; beides ist für eine Willenserklärung, für deren Abgabe gesetzliche Schriftform nicht vorgeschrieben ist, nicht gestattet.

Telegraphische Übermittelung. Den Parteien steht es frei, bei Geschäften, für deren

Wirksamkeit an Schriftform festgesetzt haben, sich des Telegraphen zu bedienen. Dabei ist zu beachten, dass die telegraphische Übermittelung der Willenserklärung sowohl für den Fall genügt, dass nur eine einseitige Willenserklärung nach Verabredung der Parteien schriftlich zu erfolgen hat, z. B. für eine Kündigung oder Mahnung, also auch für zweiseitige Willenserklärungen, wenn es sich also um Abschluss eines Vertrages handelt.

Die telegraphisch übermittelte Willenserklärung muss von demjenigen herrühren, der sie nach der im Rechtsgeschäft festgestellten Parteiabsicht abzugeben hat. Es ist aber nicht notwendig, dass gerade er die Aufgabeschrift verfasst hat, denn er kann auch jemand beauftragen, auf dem Telegraphenamt das Telegramm zu schreiben und aufzugeben, noch weniger, dass diese von ihm eigenhändig unterschrieben ist. Dies ist in der Eigenartigkeit des Telegraphenwesens begründet. Der Empfänger des Telegramms bekommt die Unterschrift desselben nicht zu sehen, kann also nicht feststellen, ob die Unterschrift echt ist oder nicht. Das Telegraphenamt übermittelt die Willenserklärungen nicht wie die Post, so dass dem Empfänger derselben die Originalschrift, worin die Erklärung enthalten ist, in die Hände gelangt, sondern vermittelt zwischen dem Absender und dem Empfänger in der Weise, dass es, kraft Anordnung des Absenders, eine Urkunde verfasst, die die Erklärung wiedergibt und dieselbe dem Empfänger aushändigt. Für diesen ist die Hauptsache, dass die durch Telegramm be-

urkundete Willenserklärung vom Absender herrührt, und es ist ihm ganz gleichgültig, ob die Aufgabeschrift, die er in seinem Leben vielleicht nie zu sehen bekommen wird, vom Absender selbst verfasst und eigenhändig unterschrieben ist oder ob dies nach Anordnung des Absenders ein Dritter getan hat. Welchen Sinn hätte es dabei, die eigenhändige Unterschrift der Aufgabeschrift zu verlangen? Wenn einerseits überhaupt kein zwingender Grund für das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift der Aufgabeschrift vorhanden ist, so wird dies anderseits auch vom Gesetz nicht verlangt. Das Gesetz schreibt nur vor, dass die telegraphische Übermittlung zur Wahrung der Schriftform genügt. Von dem Absender ist also in Bezug auf die Aufgabeschrift nur zu verlangen, dass sie so beschaffen ist, dass die in ihr enthaltene Willenserklärung telegraphisch übermittelt werden kann. Dies tut das Telegraphenamt auch dann, wenn die Aufgabeschrift nicht eigenhändig vom Absender unterschrieben ist. Es könnte also eher für das letztere als für den Empfänger von Wichtigkeit sein, dass die Aufgabeschrift wirklich von demjenigen unterschrieben ist, der in ihr als Absender bezeichnet wird, um etwa zu verhindern, dass jemand unbefugt mit dem Namen des Kontrahenten die Aufgabeschrift unterzeichnet, welchen die Annahmestation auf das Telegramm setzt, denn dadurch wird die letztere veranlasst, eine Urkunde zu verfassen, die dem Willen des unbefugt Unterschriebenen nicht entspricht, und welche der Empfänger, im Vertrauen

auf das Telegraphenamt, als echte Erklärung des andern Kontrahenten auffasst. Aber auch das Telegraphenamt verlangt nicht die eigenhändige Unterschrift, noch wäre dies im heutigen Riesenverkehr durchführbar.[18] Ja, man geht mit Recht noch weiter und betrachtet sogar die Aufgabeschrift für entbehrlich.[19] Indem das Gesetz die telegraphische Übermittlung einer Willenserklärung als solche der schriftlichen Erklärung gleichstellt, indem sie die Schriftlichkeit ersetzt, so ist die Form schon dadurch gewahrt, dass dem Empfänger die Willenserklärung durch das Telegraphenamt übermittelt worden ist. Nimmt der Telegraphenbeamte der Abgangsstation die zu übermittelnde Erklärung des Absenders mündlich, ohne Aufzeichnung, entgegen, und telegraphiert er sie an die Ankunftstation, welche sie dem Empfänger mitteilt, so liegt eine telegraphische Übermittlung ohne Aufgabeschrift vor, durch welche die Form gewahrt ist. Manche glauben, dass auch eine schriftliche Ausfertigung des Telegrammes seitens der Annahmestation nicht notwendig ist, dass es also genügen würde, wenn der Inhalt des Telegrammes dem Empfänger mündlich mitgeteilt worden wäre.[20] Doch das geht zu weit. Mit Recht bemerkt dazu Staudinger I, S. 324, dass „der Parteiwille, der nach § 127 in erster Linie zu beachten

18) Die eigenhändige Unterschrift verlangt: Cosack I § 600 III 1; Gareis S. 155 zum § 127. Dagegen Eck I S. 148; Planck S. 230; Staudinger I S. 377; Loewe S 47; Tränker S. 327; Lehmann S. 121.

19) Hölder I S. 283.

20) Goldmann-Lilienthal I S. 121 Anm. 2.

ist, regelmässig dahingehen wird, dass der Empfänger der Willenserklärung eine schriftliche Ausfertigung des Telegrammes erhält". Dies ist um so eher anzunehmen, als es dem Empfänger doch daran gelegen ist, die ihm telegraphierte Willenserklärung für längere Zeit beurkundet zu haben, um die Urkunde für den Streitfall benutzen zu können, wie denn überhaupt dafür, um ein Beweismittel zu dem Zwecke zu besitzen, dass der Absender in der Tat die betreffende Erklärung abgegeben hat, welches schwierig wäre festzustellen, wenn dieselbe dem Telegraphenamt nur mündlich mitgeteilt ist und noch schwieriger, wenn sie von ihm gar ohne Aufgabeschrift übermittelt worden ist.

Die beiderseitigen Telegramme brauchen nicht gleichlautende Fassung zu haben, sondern es genügt, wenn sie inhaltlich übereinstimmen. Diese inhaltliche Übereinstimmung aber ist auch dann vorhanden, wenn sie erst durch Auslegung der gewechselten Telegramme ersichtlich wird.

Briefwechsel. Den Parteien ist gestattet, sich der Briefform zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Schriftform zu bedienen. Das Gesetz sagt, dass „bei einem Vertrage" der Briefwechsel genügt, damit ist aber nicht gesagt, dass andere schriftliche Erklärungen in Briefform nicht erfolgen können. So kann auch eine einseitige Willenserklärung brieflich abgegeben werden. Denn wenn nach § 126, Abs. 1 die Briefform genügt zur Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform bei einseitigen Willenserklärungen, so hätte

der Gesetzgeber keinen Grund, dies bei der rechtsgeschäftlich bestimmten Schriftlichkeit auszuschliessen, für welche geringere Erfordernisse verlangt werden als für die durch das Gesetz bestimmte. Für die Entscheidung der Frage: ob eine einseitige Willenserklärung, für welche durch Rechtsgeschäft die schriftliche Form vorgeschrieben ist, in brieflicher Form erfolgen soll, ist nicht der zweite Satz des § 127 massgebend, sondern der erste, nach welchem die Vorschriften des § 126 im Zweifel auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form gelten. Wenn also die Briefform für die einseitige nach Vorschrift des Gesetzes schriftlich abzugebende Willenserklärung genügt, so genügt sie auch für eine solche einseitige Willenserklärung, für welche durch Rechtsgeschäft die schriftliche Form angeordnet ist. Durch die Worte „bei einem Vertrage" wollte man nur hervorheben, dass im Falle einer rechtsgeschäftlich bestimmten Schriftlichkeit abgesehen wird vom Erfordernisse, dass bei schriftlich zu errichtenden Verträgen eine oder mehrere gleichlautende Urkunden unterzeichnet werden müssen, sondern dass es gestattet ist, durch ein fachen Briefwechsel einen Vertrag zu schliessen, wodurch die Schriftform gewahrt wird. Aus der Vorschrift, dass bei einem Vertrage zur Wahrung der Schriftform auch Briefwechsel genügt, ergibt sich, dass aus einem Briefwechsel auf den Abschluss des Vertrages zu schliessen gestattet ist, was bei gesetzlicher Schriftform nicht gilt infolge des Erfordernisses, dass die über den Vertrag auf-

zunehmenden Urkunden gleichlautend d. h. so inhaltlich übereinstimmend sein müssen, dass sich diese Übereinstimmung aus gewechselten Briefen auf den ersten Blick ergibt. Durch Zulassung des Briefwechsels im weitesten Sinn ist die Schriftform sehr erleichtert und dem Bedürfnisse des Rechtsverkehrs in weitestem Masse Rechnung getragen.

Was die Frage anlangt, ob im Falle einer rechtsgeschäftlich bestimmten Schriftlichkeit die Briefe der eigenhändigen Namensunterschrift ihrer Aussteller bedürfen, schliesse ich mich der Ansicht derjenigen an, die diese Frage bejahend beantworten.[21] Vor allem kommt es in Betracht, dass im § 127, welcher speziell von der gewillkürten Schriftform spricht, nicht vorgesehen ist, wie der von ihm gestattete Briefwechsel bei gewillkürter Schriftform beschaffen sein soll, wodurch sich klar die Absicht des Gesetzgebers ergibt, dass die Abgabe von Willenserklärungen in brieflicher Form denselben Regeln unterstehen soll, wie diejenige, für welche das Gesetz die Schriftform vorschreibt. Wenn also aus § 127, als spezieller Vorschrift, nicht zu entnehmen ist, wie die Briefe verfasst werden müssen, so kommt in Anwendung die generelle Vorschrift — § 126, Abs. 1. Nach § 126, Abs. 1 ist aber die eigenhändige Unterschrift des Namens erforderlich. Ausserdem muss man in Erwägung ziehen, dass die nicht eigenhändig unter-

21) So Hölder S. 284; Cosack I S. 190 Anm. 12; Gareis I S. 156; Lehmann S. 124. Dagegen: Planck I S. 231; Eck S. 158; Crome I S. 390 Anm. 30; Staudinger I S. 377; Loewe S. 52; Dernburg I S. 421 III.

schriebenen Briefe für die Parteien viel Gefahren in sich bergen, besonders in Bezug auf die von Unbefugten darunter gesetzten Unterschriften. Wenn die Briefe nicht eigenhändig vom Kontrahenten unterschrieben werden, so sind sie der Möglichkeit der Schriftvergleichung beraubt, die Fälschung ist erleichtert, das Misstrauen greift Platz. Bekommt ein Kontrahent den Brief seines Gegenkontrahenten, mit dem er Jahre lang in geschäftlicher Verbindung stand, und dessen Unterschrift er genau kennt, so wäre er bei der Notwendigkeit der eigenhändigen Unterschrift sogleich sicher, dass der Brief vom Gegenkontrahenten herrührt, im umgekehrten Falle müsste er erst nachfragen, ob die Unterschrift und Absendung des Briefes mit dem Willen und Wissen des Gegenkontrahenten erfolgt ist, was ziemlich zeitraubend wäre. Alle diese Umstände waren dem Gesetzgeber bekannt, und konnten denselben nur veranlassen, vom Erfordernisse der eigenhändigen Unterschrift der Briefe auch bei gewillkürter Schriftform nicht abzusehen, was auch in der Tat geschehen ist. Sollte aber den Parteien daran gelegen sein, dass auch nicht eigenhändig unterschriebene Briefe zur Wahrung der Schriftform genügen, so brauchen sie dies nur im Rechtsgeschäft, wodurch die Beobachtung der Schriftform bestimmt wurde, zum Ausdruck zu bringen, und ihr Wille wäre massgebend nach Satz 1, § 127. In der Regel wollen dies die Parteien nicht, und das Gesetz tut Recht, wenn es auf den häufigeren Fall Rücksicht nimmt und

zuerst eigenhändige Unterschrift verlangt, den Parteien aber gestattet, von diesem Erfordernisse abzusehen. Dass die eigenhändige Unterschrift der Aufgabeschrift bei telegraphischen Übermittlungen nicht erforderlich ist, ist kein Grund, auch beim Briefwechsel dies nicht zu verlangen, denn bei telegraphischen Übermittlungen rechtfertigt sich der Mangel der eigenhändigen Unterschrift durch die Eigenartigkeit des telegraphischen Verkehrs. Oben ist gezeigt, dass der Empfänger nicht in der Lage ist, bei Telegrammen die Echtheit der Unterschrift zu prüfen, und dass es ihm daher gleichgültig ist, ob die Aufgabeschrift eigenhändig unterschrieben ist. Beim Briefwechsel, wo die Parteien die Briefe in die Hände bekommen, liegt die Sache anders.

Nachträgliche Beurkundung. Nach dem Schlusssatz des § 127 ist den Parteien im Falle der rechtsgeschäftlich vereinbarten Schriftform das Recht eingeräumt, von einander die dem § 126 entsprechende Beurkundung der Willenserklärung zu verlangen, wenn diese durch telegraphische Übermittlung oder Briefwechsel einer Partei von der andern zugegangen ist. Dies gilt sowohl für einseitige Willenserklärungen, als auch beim Abschluss eines Vertrages. Weigert sich der Verpflichtete, die Urkunde in der nach § 126, Abs. 1 und 2 vorgeschriebenen Form auszustellen, so steht dem Berechtigten zur Realisierung seines Anspruchs gegen ihn eine Klage zu. Der Berechtigte kann also verlangen, dass im Falle einer einseitigen Willenserklärung über dieselbe eine durch den Aussteller

eigenhändig zu unterschreibende oder mit gerichtlich oder notariell beglaubigtem Handzeichen versehene Urkunde verfasst wird, was natürlich auch in Briefform erfolgen kann, im Falle eines Vertrages aber entweder Errichtung einer durch beide Parteien zu unterzeichnenden Urkunde oder Errichtung mehrerer gleichlautenden Urkunden, von welchen dann die eine vom Verpflichteten eigenhändig unterzeichnet und dem Berechtigten zugesendet werden muss.

Durch die Gewährung des Rechtes im Falle einer telegraphischen Übermittlung oder Briefwechsels die dem § 126 entsprechende Beurkundung zu verlangen, wollte man den Parteien helfen, zu einer vollbeweisenden Urkunde zu gelangen. Das Telegramm wird nicht vom Absender verfasst, sondern vom Telegraphenamt, dazu muss die Aufgabeschrift nicht einmal vom Absender unterschrieben werden. Auch sonst birgt die telegraphische Übermittlung viele Gefahren in sich: unrichtiges Telegraphieren, Unleserlichkeit oder Schreibfehler im Telegramm etc. Beim Briefwechsel ist es manchmal schwer, den Inhalt und den Abschluss des Vertrages herauszulesen. Dies alles mindert die Beweiskraft dieser Urkunden. Deswegen war es notwendig, den Parteien das Recht einzuräumen, die Errichtung einer vollbeweisenden Urkunde fordern zu können. Indes, diese nachträgliche Beurkundung hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit der durch telegraphische Übermittlung oder Briefwechsel erfolgten Willenserklärung. Die zur Wahrung der Schriftform vorgeschriebene telegraphische Übermittlung und Briefwechsel genügen

an sich schon zur Gültigkeit des in dieser Form vorgenommenen Rechtsgeschäftes. Wenn also aus irgendwelchem Grunde die nachträgliche Beurkundung unterbleibt, so ist das Rechtsgeschäft trotzdem vollgültig. Dieselbe dient nur dazu, die Beweismittel zu verstärken.

Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt — § 126, Abs. 3. Dies gilt nicht nur im Falle der gesetzlich vorgeschriebenen, sondern auch der rechtsgeschäftlich vereinbarten Schriftform. Die gerichtliche und notarielle Beurkundung ist, da sie nicht nur die Erfordernisse der Schriftform in sich schliesst, sondern auch die Mitwirkung der amtlichen Personen verlangt, eine strengere Form als die einfache Schriftform und bietet viel mehr Garantie für die Ernstlichkeit der Willenserklärung, wie sie auch ein stärkeres Beweismittel (öffentliche Urkunde) liefert, als die einfache Schriftform (Privaturkunde). Da also die gerichtliche oder notarielle Beurkundung in höherem Masse die vom Gesetz mit Formerfordernissen verfolgten Zwecke gewährleistet, so war es ganz richtig, vorzuschreiben, dass die mildere Schriftform durch die strengere gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt werden kann. Sollte im Falle einer telegraphisch übermittelten oder brieflich ausgedrückten Willenserklärung die Partei, welche nach dem Schlusssatz des § 127 das Recht hatte, die dem § 126 entsprechende Schriftform zu verlangen, damit nicht einverstanden sein, dass statt der Schriftform die

gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Willenserklärung stattfindet und auf Schriftform bestehen, so wäre dies eine Chikane, weil sie durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung noch besser gestellt wird, als es durch die einfache Schriftform geschieht. Solche Chikane kann das Gesetz nicht billigen, und der darauf Klagende würde mit seiner Klage auch mit Rücksicht auf § 242 abgewiesen werden. Der Verpflichtete hätte also durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung seiner Willenserklärung seiner Verpflichtung nach Treu und Glauben vollständig genügt. Ebenso stünde es, wenn der Verpflichtete statt der einfachen Schriftform die öffentliche Beglaubigung nach § 129 gewählt hätte. Denn auch diese ist eine strengere Form als die einfache Schriftform, indem sie alle Erfordernisse der Schriftform in sich begreift und überdies die Mitwirkung der amtlichen Person hinzukommt. Die öffentliche Beglaubigung ersetzt demnach sowohl die gesetzlich vorgeschriebene, als auch die rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform auch gegen den Willen desjenigen, demgegenüber die Erklärung abgegeben werden muss.

Mit der Regelung der Schriftform kann der deutsche Gesetzgeber vollkommen zufrieden sein. Ihm ist gelungen, in zwei Paragraphen die schriftliche Form so zu gestalten, dass sie alle Vorzüge des Formzwanges in sich trägt, und zugleich verständlich und leicht anwendbar geworden ist. Wenn für irgend welche Form gesagt werden könnte, dass sie frei von Unbequemlichkeiten ist, die den Formen

anhaften, so gilt das in erster Reihe für die schriftliche Form des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie ist keineswegs dem Rechtsverkehr hinderlich. Indem das Gesetz vorschreibt, dass bei gesetzlicher Schriftform die Urkunde vom Aussteller nur eigenhändig unterschrieben werden muss, ohne eigenhändiges Niederschreiben der ganzen Willenserklärung, ohne Angabe von Ort und Datum der Abgabe derselben zu verlangen, hat es das Mindestmass von Erfordernissen an den Aussteller der Urkunde gestellt, welche zu erfüllen einem redlichen und ernsten Geschäftsmann weder schwer ist noch schwer sein darf, wenn er nicht durch Weigerung oder Versäumnis der Erfüllung seinem Renommee ein schlechtes Zeugnis ausstellen will. Vom Standpunkte eines Anhängers des Formzwanges aus ist nur zu bedauern, dass diese so leicht zu erfüllende Form in verhältnismässig wenigen Fällen vorgeschrieben ist.

Durch Zulassung der telegraphischen Übermittlung und des Briefwechsels bei rechtsgeschäftlich vereinbarter Schriftform ist dem Verkehr im weitesten Masse Rechnung getragen. Vielleicht wäre das mehr als es mit Rücksicht auf Rechtssicherheit sein sollte, wenn der Gesetzgeber nicht den Parteien bei erfolgter telegraphischer Übermittlung und beim Briefwechsel das Recht eingeräumt hätte, dem § 126 entsprechende Beurkundung zu fordern.

Ich bin sicher, dass die Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Schriftform für lange Zeit keiner Reform bedürftig sein werden, und dass sie bei etwaigen Kodifikationen des Privat-

rechts nicht nur berücksichtigt, sondern rezipiert sein werden.

§ 6.

Gerichtliche oder notarielle Beurkundung.

Im Gegensatz zur schriftlichen Form hat die gerichtliche oder notarielle Beurkundung von Willenserklärungen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht jene erschöpfende Darstellung gefunden, wie sie der Gesetzgeber der Schriftform angedeihen liess. Mit Rücksicht darauf, dass das Beurkundungswesen seiner Natur nach nicht in das Privat-, sondern ins öffentliche Recht gehört, begnügt sich das Bürgerliche Gesetzbuch damit, die gerichtliche und notarielle Beurkundung der letztwilligen Verfügungen (Testamente und Erbverträge) ausführlich zu regeln — §§ 2233 ff., 2276, im übrigen aber nur die Fälle zu bezeichnen,[1] in welchen die Abgabe einer Willens-

1) Für einseitige Willenserklärungen und Vertragserklärungen eines Teiles ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben in den Fällen der §§: 518 (Versprechen einer Schenkung), 1516 Abs. 2 (betreff. Ausschluss der Gütergemeinschaft), 1517 (Zustimmung des Ehegatten zum Vertrage des andern Ehegatten mit gemeinschaftlichem Abkömmling, wodurch dieser auf seinen Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet oder der Verzicht aufgehoben wird), 1730 (Antrag des Vaters zur Ehelichkeitserklärung des Kindes sowie die Einwilligungserklärung des Kindes, der Mutter und der Frau des Vaters), 1748 Abs. 3 (Einwilligungserklärung des einen Ehegatten, dass der andere Ehegatte an Kindesstatt annimmt oder an Kindesstatt angenommen wird; Einwilligung der Eltern, dass ihr noch nicht 21 Jahre altes Kind an Kindesstatt angenommen wird), Einwilligung der Mutter, dass ihr uneheliches und noch nicht 21 Jahre altes Kind an Kindes-

erklärung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf; wie aber dieselbe erfolgen soll, ist im Reichsgesetze über die Angelegenheiten der

---

statt angenommen wird), 2282 Abs. 3 (Anfechtungserklärung des Erblassers gegen den Erbvertrag), 2291 Abs. 2 (Zustimmung des andern Vertragschliessenden, dass eine im Erbvertrag vertragsmässig getroffene Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, vom Erblasser durch Testament aufgehoben wird), 2296 Abs. 2 (Rücktrittserklärung von einem Erbvertrage), 2231—2254 (Beurkundung von letztwilligen Verfügungen), 2301 (Schenkung von Todeswegen). Fischer-Henle 5. Auflage und Planck führen noch den § 81 an; das Stiftungsgeschäft aber bedarf keiner gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, sondern der einfachen Schriftform, da aber die gerichtliche oder notarielle Beurkundung die Schriftform ersetzt, so kann der Stifter selbstverständlich seinen Willen auch in dieser Form erklären.

Für folgende Verträge ist die Beurkundung vorgeschrieben §§: 311 (Vertrag, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen, oder mit einem Niessbrauche zu belasten), 312 Abs. 2 (Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen), 313 (Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen), 873, 877, 880 (betreffs der Verträge über Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, Belastung desselben mit einem Recht, sowie Übertragung und Rangänderung eines dinglichen Rechts), 1017 (Verträge über Rechtsverhältnisse in Bezug auf Erbbaurecht), 1491 Abs. 2 (Vertrag zwischen einem anteilberechtigten Abkömmling mit dem überlebenden Ehegatten und den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen über Verzicht auf Anteil am Gesamtgute), 1501 Abs. 2 (Vertrag zwischen überlebenden Ehegatten und den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen darüber, dass diesen die dem einen anteilsberechtigten Abkömmling für den Verzicht auf seinen Anteil gewährte Abfindung in das Gesamtgut nicht eingerechnet und auf die den Abkömmlingen gebührende Hälfte nicht eingerechnet wird), 2033 (Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt), 2037 (Vertrag, wodurch ein Käufer eines Miterbenanteils denselben auf einen anderen überträgt), 2348 (der Erbverzichtvertrag bedarf gerichtlicher oder notarieller Beurkundung), 2351 (Vertrag, wodurch ein Erbverzicht

freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898, sowie in den von den einzelnen Staaten über diese Materie erlassenen Gesetzen vorgeschrieben worden. Ausser dieser Bezeichnung der einzelnen Fälle enthalten die §§ 128, 152 und 154 des BGB. die näheren Vorschriften über die Beurkundung von Vertragserklärungen und das Zustandekommen eines in Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung abzuschliessenden Vertrages, wovon unten die Rede sein wird.

Die gerichtliche und notarielle Beurkundung charakterisiert sich dadurch, dass bei ihr neben den die Willenserklärung abzugebenden Personen die Mitwirkung Dritter, des Richters oder des Notars, Gerichtsschreibers, Protokollführers, Dolmetschers, Zeugen, erforderlich ist. Diese amtliche Mitwirkung potenziert die Bedeutung dieser Form der Willenserklärung, weil durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung in noch höherem Masse als durch die

---

aufgehoben wird), 2352 (Vertrag des Erblassers mit dem im Testament eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmer, wodurch diese auf Zuwendung verzichten), 2371 (Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft), 2385 (Vertrag über den Kauf einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft, sowie andere Verträge, die auf die Veräusserung einer dem Veräusserer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind).

Eigenartig ist gestaltet die Form der Eheschliessung — § 1317; wenn auch bei ihr gleichzeitig und persönlich die Verlobten anwesend sein müssen, wie beim Abschluss von Verträgen vor Gericht oder Notar, so wird zur Schliessung der Ehe nicht erfordert die aktive Tätigkeit des Standesbeamten, sondern nur seine Bereitwilligkeit, die Erklärungen entgegenzunehmen, und infolge der blossen Abgabe von Erklärungen wird die Ehe ohne Mitwirkung des Standesbeamten geschlossen.

einfache Schriftform die Ernstlichkeit des Willens gewährleistet wird, weil sie vor Übereilung schützt, den Beweis sichert und dadurch diese Form empfehlenswert macht für diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Wichtigkeit besondere Aufmerksamkeit der Parteien verlangt. Deshalb ist sie vom Gesetz, wie gezeigt, nur für solche Fälle vorgeschrieben.

Die Willenserklärung selbst muss vom Erklärenden vor Gericht oder Notar abgegeben, und es muss von diesen Personen bezeugt werden, dass dies geschehen ist.[2] Dadurch unterscheidet sich die gerichtliche und notarielle Beurkundung von der öffentlichen Beglaubigung, denn bei dieser hat der Richter oder Notar nur zu bezeugen, dass die Urkunde vor dem Richter beziehungsweise Notar unterschrieben oder dass die schon auf der Urkunde befindliche Unterschrift vor ihm anerkannt worden ist — § 183 des FG.; dass die Partei die in der Urkunde enthaltene Erklärung wirklich abgegeben hat, wird von dem Richter bezw. Notar nicht bezeugt. Von dem Abschluss vor Gericht oder Notar unterscheidet sich die gerichtliche oder notarielle Beurkundung dadurch, dass bei dem ersteren gleichzeitige Anwesenheit der Parteien erforderlich ist, welches Erfordernis bei gerichtlicher oder notarieller Beur-

2) Das Erfordernis, dass die Willenserklärung beurkundet werden muss, erstreckt sich nicht so weit, dass im Falle der Beurkundung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung oder der Vertragserklärung eines Teiles auch die Tatsache des Zugehens dieser Erklärung an den andern Teil mit dem Willen des Erklärenden beurkundet werden müsste. Dass dies geschehen ist, kann auf andere Weise bewiesen werden. Planck S. 178.

kundung wegfällt, sowie dadurch, dass beim Abschluss vor Gericht oder Notar der abzuschliessende Vertrag durch Mitwirkung des Richters bezw. Notars zu Stande kommt, indem dieser die erfolgte Einigung der Willen konstatiert, wodurch erst der Vertrag abgeschlossen wird, bei gerichtlichen oder notariellen Beurkundungen dagegen erstreckt sich die Tätigkeit des Richters oder Notars auf die blosse Entgegennahme der Parteierklärungen, auf die Bestätigung, dass die Erklärungen vor ihm abgegeben worden sind, welche dann nach allgemeinen Regeln über den Abschluss der Verträge zu einem Vertragsschluss führen k ö n n e n, aber nicht m ü s s e n.[3]

Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung als Form der Willenserklärung schreibt das Gesetz vor sowohl für einseitige Willenserklärungen als auch für Vertragserklärungen, wie oben dargestellt ist. Über die Beurkundung von einseitigen Willenserklärungen enthält das BGB. keinerlei Vorschriften; massgebend sind also nur die Vorschriften des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Was die Beurkundung der Verträge anbelangt, so hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs die Anordnung getroffen — § 128 —, dass es genügt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird. Mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme kommt der Vertrag zu Stande — § 152 —, wenn nicht durch

3) Vgl. Regelsberger S. 498; Loewe S. 54, 57; Motive I S. 186, 187; Eck I S. 158, 159; Endemann I S. 303 Anm. 17.

Parteiwillen, im Falle vereinbarter Beurkundung, ein Anderes bestimmt ist. Hiermit wollte man den Abschluss von Verträgen, die gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürftig sind, wesentlich erleichtern, denn hätte man diese Anordnungen nicht getroffen, so müsste man, um die Beurkundung des Vertrages zu erhalten, also der Tatsache, dass ein Vertragsschluss erfolgt ist, in jedem Falle verlangen, dass alle Momente die zum Abschluss eines Vertrages führen, beurkundet werden, denn erst dann läge ein abgeschlossener Vertrag vor. So müsste beurkundet werden die Erklärung des Antrags, dann dass dieser Antrag dem andern Teile mit dem Willen des Antragenden zugegangen ist, dass der andere Teil die Annahme des Antrages erklärt habe, dass diese Erklärung mit dem Willen des Annehmenden dem Antragenden zugegangen sei und dass das Zugehen der Annahme rechtzeitig erfolgt sei — vgl. §§ 145 bis 149. Dies würde den Bedürfnissen des Lebens nicht entsprechen und praktisch unausführbar sein.[4]

Die Beurkundung der beiderseitigen Erklärungen braucht nicht gleichzeitig zu geschehen, noch ist es erforderlich, dass die Beurkundung der Annahme von demjenigen Gericht oder Notar vollzogen wird, von welchem der Antrag beurkundet ist, wie sich aus § 128 ergibt („zunächst", „von einem Gericht oder einem Notar"). Gestattet ist z. B. auch, dass der Antrag vom Gericht, die Annahme vom Notar beurkundet wird und umgekehrt. Was die Wahl zwischen gerichtlicher und notarieller Beurkundung

4) Planck S. 231.

betrifft, so steht es nach dem BGB. den Parteien frei, die eine oder die andere auszuwählen.

Die Vorschrift des § 128 beschäftigt sich ausschliesslich mit der gesetzlich vorgeschriebenen Beurkundung von Willenserklärungen. Selbstverständlich aber ist, dass auch die Parteien die gerichtliche oder notarielle Beurkundung von Willenserklärungen vereinbaren können. Hier entsteht die Frage, ob die Vorschrift des § 128 auch für solche Fälle anwendbar ist? Massgebend ist zuerst die Parteibestimmung. Die Parteien können vereinbaren, dass § 128 vollkommen Anwendung finden soll sowie das simultane Beurkundung notwendig sei, dass sowohl Antrag als Annahme nur vom Gericht oder nur vom Notar beurkundet werden soll etc. Wenn die Parteien aber keine Bestimmung darüber getroffen haben, dann ist fraglich, ob sie simultane oder sukzessive Beurkundung der Willenserklärungen gemeint haben. Der Parteiwille müsste in diesem Falle zuerst durch Auslegung festgestellt werden. Ergibt sich dadurch nicht, dass eine simultane Beurkundung gemeint sei, so ist die Form gewahrt auch dann, wenn eine sukzessive Beurkundung des Antrags und der Annahme stattgefunden hat „aus der allgemeinen Erwägung, dass der prinzipelle Ausgangspunkt des BGB. die Formfreiheit ist, woraus gefolgert werden kann, dass, wo das schwerere Formerfordernis nicht zweifellos vorgeschrieben ist, das geringere genügen muss".[5]

5) Staudinger I S 378. So auch Planck S. 232; Gareis S. 157. Hölder S. 284 meint: Ist durch Privatwillenserklärung gericht-

Im zehnten Abschnitt des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind die Vorschriften über gerichtliche und notarielle Urkunden enthalten. An dieser Stelle werde ich kurz diejenigen besprechen, die sich auf die gerichtliche oder notarielle Beurkundung beziehen.

Da bei der gerichtlichen oder notariellen Aufnahme von Urkunden mehrere Personen tätig sein müssen, so unterscheidet auch das Gesetz zwei Klassen von solchen, erstens; diejenigen, deren Willenserklärungen beurkundet werden sollen, das sind „Beteiligte" — § 168 Satz 2: „Als Beteiligter im Sinne der §§ 169—182 ist derjenige anzusehen, dessen Erklärung beurkundet werden soll", und zweitens „Mitwirkende", das sind diejenigen Personen, vor denen die Beteiligten ihre Erklärungen abgeben, und welche dann die Abgabe von diesen Erklärungen beurkunden oder nur das Protokoll unterschreiben, also: Richter, Notar, Gerichtsschreiber, Dolmetscher, Zeugen.

A. Beteiligte. Der Beteiligte ist, wie erwähnt, derjenige, dessen Erklärung beurkundet werden soll. Dementsprechend ist im Falle einer Bevollmächtigung der Vertreter der Beteiligte, nicht der Vertretene. Dennoch ist auch der letztere gewissermassen als Beteiligter anzusehen, weil die Beurkundung für ihn erfolgt, und die Sache ihn am

liche oder notarielle Beurkundung eines Vertrages bestimmt, so ist im Zweifel gemeint die Beurkundung der vollendeten Vereinbarung seines Inhalts durch die Parteien." Hieraus ist zu schliessen, dass Hölder simultane Beurkundung der Willenserklärung als notwendig betrachtet zur Wahrung der vereinbarten Form.

meisten angeht; deshalb verordnet § 170, Z. 1, dass der Vertretene bei der Beurkundung der Willenserklärung, die der Vertreter für ihn abgibt, nicht als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge mitwirken kann, um Kollusionen bei der Beurkundung zwischen beteiligten und mitwirkenden Personen zu verhindern.

In der Regel muss bei einer Beurkundung mindestens zugegen sein derjenige, dessen Willenserklärung beurkundet werden soll, und der Richter oder Notar, vor welchem die Abgabe derselben erfolgt. Dennoch gibt es mit Rücksicht auf körperliche und geistige Eigenschaften der Beteiligten Fälle, in denen der Richter oder Notar verpflichtet ist, noch andere Personen bei der Beurkundung zuzuziehen. Dies geschieht in folgenden Fällen:

1. Ist ein Beteiligter nach der Überzeugung des Richters oder des Notars taub, blind, stumm oder sonst am Sprechen verhindert, so muss der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen. — § 169. Hierzu ist zu bemerken, dass die Überzeugung des Richters oder des Notars allein ausschlaggebend ist, ob der Beteiligte mit angeführten Gebrechen behaftet ist, und dass die Gültigkeit der Beurkundung nicht bestritten werden kann, wenn sich der Richter oder Notar hinsichtlich derselben Gebrechen im Irrtum befand. Die in gewöhnlicher Form erfolgte Beurkundung, also ohne Zuziehung von weiteren Personen, bleibt gültig auch dann, wenn der Beteiligte taub oder mit andern Gebrechen

behaftet war, aber der Richter oder Notar überzeugt war, dass die erwähnten Gebrechen bei dem Beteiligten nicht vorliegen. Umgekehrt schadet einer mit Zuziehung von weiteren Personen erfolgten Beurkundung nichts, dass der Beteiligte gesund war und dass infolgedessen die Zuziehung nicht notwendig war, wenn nur der Richter oder Notar ihn für gebrechlich hielt.

Dem Richter bezw. dem Notar steht die Auswahl der Hülfspersonen (Gerichtsschreiber, Zeugen, Notar) zu. Die Wünsche der Beteiligten sind an und für sich gleichgültig, können aber, wenn sachgemäss, von der Urkundsperson vernünftigerweise berücksichtigt werden.[6]

2. Um eine Beurkundung der Willenserklärung eines Stummen oder sonst am Sprechen Verhinderten nach § 169 vornehmen zu können, muss die Möglichkeit einer schriftlichen Verständigung mit ihm vorhanden sein. Ist das nach Überzeugung des Richters oder Notars nicht der Fall, so greift die schwerere Form des § 178 Platz, nach welchem bei der Beurkundung von Willenserklärungen solcher Personen ein vereideter Dolmetscher bei Strafe der Nichtigkeit zugezogen werden muss. Dies auch dann, wenn der Richter oder Notar die Zeichensprache versteht.[7] Wird ein Dolmetscher zugezogen, so bedarf es der nach § 169 sonst gebotenen Heranziehung eines Zeugen, eines Gerichtsschreibers oder zweiten Notars nicht. Wenn aber weder schriftliche noch

6) Rausnitz S. 549.
7) Jastrow S. 162 Anm. 7.

mit Hülfe des Dolmetschers zu erfolgende Verständigung mit dem Stummen oder sonst am Sprechen Verhinderten möglich ist, dann muss jede Beurkundung abgelehnt werden, und es bleibt nur die Bestellung eines Pflegers gemäss § 1910 des BGB. übrig.[8]

Für die Beurkundung von Erklärungen tauber Personen sind im Gesetz keine besonderen Vorschriften getroffen. Nach § 177 steht es dem Tauben frei, zu verlangen, dass ihm das Protokoll zur Durchsicht vorgelegt wird. Das preussische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit jedoch schreibt im Art. 41, Abs. 1 vor, dass das Protokoll dem Tauben auch ohne sein Verlangen stets zur Durchsicht vorgelegt werden soll. Hierbei bleibt die Vorschrift des § 177, Abs 1, Satz 1 in Kraft, dass das Protokoll vorgelesen werden muss, um die Hülfspersonen oder etwaige andere Beteiligte mit seinem Inhalt bekannt zu machen. Sollte der Taube nicht im Stande sein, Geschriebenes zu lesen, so soll — nach dem preussischen Gesetze Art. 41, Abs. 2 — eine Vertrauensperson zugezogen werden, die sich mit ihm zu verständigen vermag, und dieses kann auch der Gerichtsschreiber, der zugezogene zweite Notar oder ein zugezogener Zeuge oder einer der Beteiligten sein, auch der Gegenkontrahent nach dem Ermessen des Richters oder Notars.[9]

Wenn aber überhaupt eine Verständigung mit dem Tauben auch mit Hülfe einer Vertrauens-

8) Rausnitz S. 551.
9) Jastrow S. 213.

person unmöglich ist oder wenn eine geeignete Vertrauensperson nicht zu haben ist, so kann keine Beurkundung stattfinden, und es ist nur die Bestellung eines Pflegers — § 1910 des BGB. — anwendbar.[10] Der Taube kann aber auch ohne Zuziehung dieser Vertrauensperson das Protokoll genehmigen im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des Beurkundenden und der weiterhin zugezogenen Personen.

Ebenso sind keine besonderen Vorschriften getroffen für die Beurkundung der Erklärungen von Blinden. Es ist Sache der Urkundsperson, wie sie sich mit dem Blinden verständigt. Ist eine Verständigung nicht zu erzielen, so muss die Beurkundung unterbleiben, und die Bestellung eines Pflegers nach § 1910 des BGB. erfolgen.[11]

3. Der Zuziehung eines Zeugen bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Protokolls bedarf es auch in dem Falle, wenn ein Beteiligter erklärt, dass er nicht schreiben könne. Die Zuziehung des Zeugen unterbleibt, wenn bereits aus dem Grunde, dass ein Beteiligter taub, blind, stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, Hülfspersonen gemäss § 169 hinzugezogen sind, sowie in allen Fällen, in denen ein Gerichtsschreiber oder ein zweiter Notar herangezogen wird, § 177 Abs. 2. Das preussische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit schreibt weiter vor, dass die Zuziehung eines Gerichtsschreibers in den Fällen erfolgen kann, in welchen sie das

10) Rausnitz S. 551.
11) Rausnitz S. 551.

Gesetz nicht vorschreibt, wenn nur diese Zuziehung (nach dem Ermessen des Richters) zur sachgemässen Erledigung des Geschäfts zweckmässig ist.

Die Erklärung des Beteiligten, dass er schreibensunkundig ist, genügt, um den Richter oder Notar zur Zuziehung eines Zeugen zu veranlassen. Ob diese Erklärung der Wahrheit entspricht, braucht der Richter oder Notar nicht zu untersuchen. Stellt aber die Urkundsperson die Unwahrheit dieser Erklärung fest, so kann sie die Beurkundung ablehnen.[12] Erklärt der Beteiligte, dass er nicht schreiben wolle, so kann in diesem Falle eine Urkunde nicht aufgenommen werden. Wer den Formerfordernissen genügen kann, soll sich denselben nicht entziehen dürfen.[13]

4. Wenn ein Beteiligter erklärt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, dann ist die Zuziehung eines vereideten Dolmetschers erforderlich. Der Zuziehung bedarf es nicht, wenn der Richter oder Notar der Sprache, in der sich der Beteiligte erklärte, mächtig ist, § 179. Auch hier genügt die Erklärung des Beteiligten, auf die Überzeugung der Urkundsperson darüber, dass der Beteiligte der deutschen Sprache nicht mächtig sei, kommt es nicht an. Kommt die Urkundsperson aber zur Überzeugung, dass der Beteiligte nur aus Chikane die Zuziehung eines Dolmetschers verlangt, so ist sie berechtigt und verpflichtet, die Beurkundung abzulehnen, sobald der Beteiligte nicht ohne Dolmetscher verhandeln will [14]

12) Rausnitz S. 570.
13) Motive z. BGB. V. S. 273; Rausnitz S. 570.
14) Rausnitz S. 577.

B. Mitwirkende. Mit Rücksicht auf die wichtige Rolle, die die Mitwirkenden bei der Beurkundung spielen, schreibt das Gesetz in §§ 170, 171, 172, 173, 180 vor, dass gewisse Personen bei der Beurkundung nicht mitwirken können oder sollen, weil bei ihnen wegen der verwandtschaftlichen Beziehungen oder des materiellen Interesses an dem Gegenstande der Beurkundung die Befangenheit ganz nahe liegt, oder weil sie aus andern Gründen der Aufgabe nicht gewachsen scheinen, die an Mitwirkende bei der Beurkundung gestellt werden muss.

Im Ganzen übereinstimmend mit den Vorschriften des BGB. über die Errichtung von letztwilligen Verfügungen (§§ 2234—2237) schreibt das Gesetz § 170 bei Strafe der Nichtigkeit der Beurkundung vor, dass als Richter, Notar, Gerichtsschreiber, Zeuge oder Dolmetscher bei derselben nicht mitwirken kann: 1. wer selbst Beteiligter ist, sowie derjenige, für welchen ein Beteiligter als Vertreter handelt; 2. der Ehegatte eines Beteiligten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht; 3. wer mit einem Beteiligten in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist; 4. wer zu demjenigen, für welchen ein Beteiligter als Vertreter handelt in einem Verhältnisse der unter No. 2, 3 bezeichneten Art steht. Weiter ist angeordnet (§ 171), dass bei der Beurkundung als Richter, Notar, Gerichtsschreiber, Zeuge oder Dolmetscher nicht mitwirken kann: 1. derjenige, zu dessen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird; 2. wer zu demjenigen, zu dessen

Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird, in einem Verhältnisse der im § 170 der No. 2, 3 bezeichneten Art steht. Im Gegensatz zu § 170, nach welchem die ganze Beurkundung nichtig ist, wenn eine in ihm bezeichnete Person mitwirkt, tritt im Falle des § 171 nur eine teilweise Nichtigkeit ein, wenn eine ausgeschlossene Person mitwirkte, nämlich: die Beurkundung ist insoweit nichtig, als sie eine Verfügung zu Gunsten einer der im § 171 Abs. 1, No. 1, 2 bezeichneten Person zum Gegenstande hat. Im übrigen bleibt die Beurkundung gültig, aber das beurkundete Rechtsgeschäft kann trotzdem nichtig sein, mit Rücksicht auf § 139 des BGB., wenn anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft ohne den nichtigen Teil nicht vorgenommen sein würde. Auch Ehe- und Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Richter oder beurkundenden Notar und andern Mitwirkenden hindert die Mitwirkung gewisser Personen bei der Beurkundung. Nach § 172 tritt die Nichtigkeit der ganzen Beurkundung ein, wenn der Ehegatte des Richters oder des beurkundenden Notars oder eine mit diesen in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandte oder verschwägerte Person als Gerichtsschreiber, zweiter Notar, Zeuge oder Dolmetscher bei der Beurkundung mitgewirkt hat.

Eine andere Gruppe von Personen soll nach § 173 bei der Beurkundung nicht mitwirken. Geschieht das trotzdem, so bleibt die Beurkundung gültig. Die Vorschrift des § 173 ist also nur eine Ordnungsvorschrift. Solche Personen, die als Zeugen und Dolmetscher (§ 180) bei der Beurkundung nicht

funktionieren sollen, sind: 1. Minderjährige; 2. der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig Erklärte; 3. Personen, welche nach der Vorschrift der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden; 4. die als Gesinde oder Gehülfen im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars stehenden Personen. Ebenso ergibt sich aus § 177, Abs. 3, dass auch derjenige bei der Beurkundung nicht mitwirken kann, der nicht im Stande ist, seinen Namen zu schreiben, denn nach erwähnter Gesetzesvorschrift muss das Protokoll von mitwirkenden Personen unterschrieben werden. Die Aufzählung aber der nicht geeigneten Personen im § 173 ist nicht als vollzählig zu betrachten, da das Gesetz voraussetzt, dass die Urkundsperson aus eigenem Antriebe solche Personen von der Zuziehung als Zeugen ausschliessen wird, die aus irgend welchen Gründen ungeeignet sind, die Funktionen als Urkundszeugen zu erfüllen.[15]

C. Das Protokoll. Das wichtigste bei der Beurkundung ist die Aufnahme eines Protokolls über die Verhandlung, welches in Form eines zusammenhängenden Berichtes die vom Beteiligten und Mitwirkenden vorgenommenen Handlungen wiedergibt. Das Protokoll ist eigentlich die Form, in welcher die gerichtliche oder notarielle Beurkundung zu er-

15) Rausnitz S. 554, der mit Recht folgende Personen als Urkundszeugen ausschliessen will: die dem Urkundsbeamten Unbekannte, um zu prüfen, ob dem Zeugen keine Hinderungsgründe entgegen stehen, die der deutschen Sprache nicht kundigen Personen. Taube, Stumme, Blinde. Geisteskranke und Geistesschwache.

folgen hat, und erst dann liegt eine vollständige Beurkundung vor, wenn das Protokoll in vorgeschriebener Form zu Stande gekommen ist. Bei jeder Beurkundung ist deshalb die Aufnahme eines Protokolls unerlässlich — § 175: „Über die Verhandlung muss ein Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen werden".

Mit Rücksicht auf diese Wichtigkeit des Protokolls sind für seine Bestandteile und das Verfahren bei seiner Aufnahme Vorschriften getroffen, deren Nichtbeachtung meistenteils die Nichtigkeit der Beurkundung zur Folge hat, sowie solche, die blosse Ordnungsvorschriften sind. So muss nach § 176 das Protokoll enthalten: 1. Ort und Tag der Verhandlung, worunter eine solche Bezeichnung zu verstehen ist, die erkennen lässt, wo und wann die Verhandlung stattgefunden hat; 2. die Bezeichnung der Beteiligten und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen; hierfür genügt eine solche Bezeichnung, die die Identität des Beteiligten und Mitwirkenden erkennen lässt; 3. die Erklärung der Beteiligten.

Die Erklärung des Beteiligten ist der wesentlichste Teil des Protokolls. Dieselbe kann auf zweierlei Weise im Protokoll aufgenommen werden: durch Niederschrift seitens der Urkundsperson im Protokoll; der Erklärende erklärt mündlich seinen Willen, stellt mit Hülfe der Urkundsperson den Text seiner Erklärung fest, und danach wird diese im Protokoll aufgenommen, oder der Erklärende übergibt der Urkundsperson eine Schrift und erklärt,

dass diese seine Willenserklärung enthält, wonach diese Schrift dem Protokoll als Anlage beigefügt wird, und einen Teil desselben bildet. Die Schrift braucht nicht eine formgerechte Urkunde zu sein, noch von den beteiligten oder mitwirkenden Personen besonders unterschrieben oder datiert zu sein, denn sie bildet einen Teil des Protokolls, und die auf das Protokoll zu setzende Unterschrift der beteiligten und mitwirkenden Personen deckt alle Teile des Protokolls, also auch den Inhalt der Schrift.

Nach erfolgter Niederschrift der Erklärungen muss das ganze Protokoll, also auch die beigefügte Schrift, in Gegenwart der mitwirkenden Personen — § 174 —, vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von diesen sowie den Mitwirkenden eigenhändig unterschrieben werden. Dass dies alles geschehen ist, muss im Protokoll festgestellt werden — § 177. Ist ein Beteiligter stumm oder sonst am Sprechen verhindert, sodass ein vereideter Dolmetscher zugezogen ist — § 178 — so muss auch der Dolmetscher das Protokoll genehmigen und eigenhändig unterschreiben. Ist der Beteiligte der deutschen Sprache nicht mächtig und ein Dolmetscher zugezogen, so muss dies im Protokoll festgestellt werden, welches vom Dolmetscher nur unterschrieben, nicht auch genehmigt sein muss. Wenn ein Beteiligter schreibensunkundig ist, so ist der Gebrauch von Handzeichen ausgeschlossen, sondern die Erklärung des Beteiligten, dass er schreibensunkundig ist, muss im Protokoll festgestellt werden und bei der

Vorlesung und Genehmigung des Protokolls ein Zeuge zugezogen werden.

Die bisher angeführten Vorschriften sind zwingenden Rechts, ihre Nichtbeachtung macht die Beurkundung nichtig. Das Gesetz trifft aber auch blosse Ordnungsvorschriften, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der Beurkundung nicht herbeiführt.

So ist im § 176, Abs. 3 angeordnet, dass das Protokoll eine Angabe darüber enthalten soll, ob der Richter oder der Notar die Beteiligten kennt oder, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise er sich Gewissheit über ihre Persönlichkeit verschafft hat. Weiter ist vorgeschrieben, dass, wenn der Richter oder Notar sich diese Gewissheit nicht verschaffen kann, und gleichwohl die Aufnahme der Verhandlung verlangt wird, dass dann in das Protokoll aufgenommen werden sollen der Sachverhalt und dasjenige, was zur Feststellung der Persönlichkeit beigebracht worden ist. Ebenso schreibt § 177, Abs. 1, Satz 3 vor, dass das Protokoll den Beteiligten auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt wird.

Für die gerichtliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts sind die Amtsgerichte zuständig — § 167, Abs. 1.

§ 7.

Abschluss eines Vertrages vor Gericht oder einem Notar.

Wie schon oben S. 81, 82 dargelegt ist, unterscheidet sich diese Form von der gewöhnlichen

gerichtlichen oder notariellen Beurkundung dadurch, dass der Vertrag durch konstitutive Mitwirkung des Richters oder Notars, indem dieser die Willenseinigung der Parteien zu konstatieren hat, zu Stande kommt, sowie dadurch, dass bei dieser Form gleichzeitige Anwesenheit der Parteien erforderlich ist. Deshalb ist diese Form ausgeschlossen für Vertragsabschlüsse unter Abwesenden.[1]

Da der Abschluss vor Gericht oder Notar nur als eine Unterart der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung aufzufassen ist, so gelten die im

1) Abschluss des Vertrages vor Gericht oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien ist im BGB. vorgeschrieben: §§ 925 (die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräusserers und des Erwerbers — Auflassung — muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden), 1015 (die zur Bestellung des Erbbaurechts nach § 873 erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden), 1434 (der Ehevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder einem Notar geschlossen werden), 1750 (die Adoption erfolgt nur durch Vertrag des Annehmenden mit dem Anzunehmenden. Dieser Annahmevertrag muss bei gleichzeitiger persönlicher Anwesenheit beider Teile, eventuell des Annehmenden und des gesetzlichen Vertreters des Anzunehmenden, vor Gericht oder einem Notar abgeschlossen werden. Überdies bedarf dieser Vertrag der Bestätigung des zuständigen Gerichts), 1770 (Aufhebung der Adoption erfolgt durch Vertrag zwischen dem Annehmenden, dem angenommenen Kinde und denjenigen Abkömmlingen des Kindes, auf welche sich die Wirkungen der Annahme erstrecken. Dieser Vertrag bedarf derselben Form wie der Annahmevertrag — § 1750), 2276 (ein Erbvertrag kann nur vor einem Richter oder einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden), 2290 (Aufhebung des Erbvertrages kann nur durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben. Der Aufhebungsvertrag bedarf derselben Form wie der Erbvertrag).

zehnten Abschnitt des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthaltenen sowie landesgesetzliche Vorschriften über gerichtliche und notarielle Beurkundungen auch für diese Form der Willenserklärungen. Wie also der Abschluss eines Vertrages bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien beurkundet werden muss, ist in § 6 dieser Abhandlung dargelegt, worauf hiermit verwiesen wird.

§ 8.

Die öffentliche Beglaubigung.

In vielen Fällen schreibt das Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vor.[1] Es ist

1) Die öffentliche Beglaubigung der Erklärung wird verlangt in Fällen der §§: 77 (die Anmeldungen zum Vereinsregist r sind von den Mitgliedern des Vorstandes sowie von den Liquid toren mittelst öffentlich beglaubigter Erklärung zu bewirken), 371 (der Schuldner kann vom Gläubiger, im Falle, dass über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt ist. Rückgabe desselben verlangen, wenn die Schuld erfüllt ist, und wenn der Gläubiger behauptet, zur Rückgabe des Schuldscheines ausser Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, dass die Schuld erloschen sei), 403 (im Falle der Abtretung einer Forderung ist der bisherige Gläubiger verpflichtet, dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen), 411 (tritt eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Teil des Diensteinkommens, des Wartegeldes oder des Ruhegehalts ab, so ist die auszahlende Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung zu benachrichtigen), 444 (der Verkäufer eines Gegenstandes ist verpflichtet, dem Käufer einen öffentlich beglaubigten Auszug einer Urkunde zu erteilen, wenn sich deren Inhalt zugleich auf Rechtsverhältnisse des verkauften Gegenstandes und andere Angelegen-

schon oben S. 81 gezeigt worden, dass sich diese Form von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung dadurch unterscheidet, dass bei der letzteren

---

heiten erstreckt), 1035 (bei dem Niessbrauche an einem Inbegriffe von Sachen können der Niessbraucher und Eigentümer Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen verlangen, sowie dass die auf das Verzeichnis gesetzte Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird), 1154 (bei Abtretung einer mit Hypothek sichergestellten Forderung kann der neue Gläubiger verlangen, dass der bisherige Gläubiger die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigen lässt). 1342 (ist bei der Schliessung einer Ehe Irrtum, arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung für die Eheschliessung bestimmend gewesen, und ist die Ehe durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöst worden, so erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht, welche in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist), 1372 (beim gesetzlichen Güterrecht der Ehegatten kann jeder Ehegatte verlangen, dass der Bestand des eingebrachten Gutes durch Aufnahme eines Verzeichnisses festgestellt wird, sowie dass die auf das Verzeichnis gesetzte Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird). 1419 (bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der Ehegatten, wenn ein Ehegatte verstorben ist, kann ein anteilsberechtigter Abkömmling auf seinen Anteil an dem Gesamtgute verzichten. Der Verzicht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem für den Nachlass des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gericht. Die Verzichtserklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben). 1429 (die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgt durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung des überlebenden Ehegatten dem für den Nachlass des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gericht gegenüber), 1528 (bei der Errungenschaftsgemeinschaft kann jeder Ehegatte verlangen, dass der Bestand seines eigenen und des dem andern Ehegatten gehörenden eingebrachten Gutes durch Aufnahme eines Verzeichnisses festgestellt wird, sowie dass die auf das Verzeichnis gesetzte Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird), 1560 (der Antrag zur Eintragung in Güterrechtsregister ist in öffentlich beglaubigter Form zu stellen), 1577 (die geschiedene Frau kann ihren Mädchennamen wieder annehmen oder, wenn sie vor Eingehung der geschiedenen Ehe verheiratet war, den Namen, den sie zur Zeit der Eingehung dieser Ehe hatte. Die Wiederannahme des Namens erfolgt durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung der zuständigen Behörde gegenüber.

die ganze Erklärung von der Urkundsperson beurkundet wird, während bei der öffentlichen

Wenn die Frau allein für schuldig erklärt ist, so kann ihr der Mann durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung der zuständigen Behörde gegenüber die Führung seines Namens untersagen), 1597 (nach dem Tode des Kindes erfolgt die Anfechtung seiner Ehelichkeit durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht), 1599 (die Anfechtung der Ehelichkeitsanerkennung des Kindes erfolgt durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht), 1662 (die Verzichtserklärung des Vaters auf die Nutzniessung des Kindesvermögens ist in öffentlich beglaubigter Form dem Vormundschaftsgericht gegenüber abzugeben), 1706 (das uneheliche Kind führt den Familiennamen der Mutter. Der Ehemann der Mutter kann durch Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde dem Kinde mit Einwilligung des Kindes und der Mutter seinen Namen erteilen. Die Erklärungdes Ehemannes sowie die Einwilligungserklärungen des Kindes und der Mutter sind in öffentlich beglaubigter Form abzugeben), 1945 (die Ausschlagung der Erbschaft erfolgt durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Ein Bevollmächtigter bedarf einer öffentlich beglaubigten Vollmacht), 1955 (die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erfolgt durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht), 2121 (der Vorerbe hat dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen, welches mit Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von dem Vorerben zu unterzeichnen ist. Der Vorerbe hat auf Verlangen die Unterzeichnung öffentlich beglaubigen zu lassen), 2198 (die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers seitens desjenigen, welchem der Erblasser die Bestimmung überlassen hat, erfolgt durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht), 2199 (die Ernennnung der Mitvollstrecker und des Nachfolgers des Testamentsvollsteckers seitens des dazu vom Erblasser ermächtigten Testamentsvollstreckers erfolgt durch die in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht), 2215 (das Verzeichnis der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände und der bekannten Nachlassverbindlichkeiten ist vom Testamentsvollstrecker zu unterzeichnen und die Unterzeichnung auf Verlangen öffentlich zu beglaubigen).

Beglaubigung nur die Unterschrift einer schriftlich abgefassten Erklärung beglaubigt wird — § 129. Die öffentliche Beglaubigung ist also mildere Form, und deshalb wird sie dem Satze plus continet minus gemäss durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt — § 129, S. 2.

Die öffentliche Beglaubigung setzt, wie sich aus § 129 ergibt, eine durch Unterzeichnung vollzogene Urkunde voraus, in welcher die Willenserklärung des Erklärenden enthalten ist. Es ist deshalb ganz verkehrt, wenn manche (vgl. Franck, D. J. Z. 1902, S. 198, Rausnitz, S. 590, Z. 2, dagegen mit Recht Huther, D. J. Z., Jg. 1903, S. 292) glauben, dass eine durch § 129 vorgesehene, öffentliche Beglaubigung einer Erklärung auch dann vorliegt, wenn eine Blankettunterschrift beglaubigt wird, und nach der Beglaubigung mit der gewünschten Erklärung ausgefüllt wird. Der Wortlaut des § 129 ist zu deutlich, um eine solche Auslegung mit ihm in Einklang bringen zu können. Wenn die Vorschrift des Gesetzes lautet: „Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift . . . . beglaubigt werden", so ergibt sich daraus klar, dass vor der Unterschriftsbeglaubigung diejenige Erklärung schriftlich abgefasst vorliegen muss, für welche durch Gesetz die öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben ist. Dass aus dem unter die Unterschrift zu setzenden Beglaubigungsvermerk nicht ersichtlich ist, ob eine schriftlich abgefasste Erklärung der Unterschriftsbeglaubigung

vorgelegen hat, dass der Vermerk nicht die Erklärung sondern nur die Echtheit der Unterschrift deckt, ist kein Grund, bei der Beglaubigung der Unterschrift vom Vorliegen der schriftlichen Erklärung abzusehen. Der Richter oder der Notar haben die Pflicht, bei der Beglaubigung darauf zu achten, dass eine mit der Unterschrift versehene Erklärung vorliegt. Denn indem sie die Namensunterzeichnung beglaubigen, beglaubigen sie stillschweigend das Vorhandensein derjenigen Erklärung, die der Aussteller durch die Unterzeichnung abgeben will (Huther a. a. O.). Ganz richtig ist also, wenn Huther, a. a. O. mit Bezug auf die seinen Aufsatz veranlassende Blankozession einer Hypothekenforderung (§§ 1154, 1155) behauptet, dass eine solche Blankozession nichtig sein würde und dass die Nichtigkeit geheilt werden könnte nur durch die beglaubigte Ausfüllung der Lücke.

Wird die Urkunde vom Erklärenden durch Handzeichen unterzeichnet, dann ist erforderlich und genügend die in § 126, Abs. 1 vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beglaubigung des Handzeichens, wovon schon im § 5 dieser Abhandlung die Rede war. In diesem Falle besteht überhaupt kein Unterschied zwischen der gesetzlichen Schriftform des § 126 und der öffentlichen Beglaubigung des § 129. Wird dagegen die Urkunde durch Namensunterschrift[2] unterzeichnet, so muss dieselbe von der

2) Für die Namensunterschrift bei öffentlichen Beglaubigungen gilt dasselbe wie für die Namensunterschrift bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform — vgl. das hierüber in § 5 dieser Abhandlung Ausgeführte.

zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt werden.

Die Bestimmung der zuständigen Behörden und Beamten für die öffentliche Beglaubigung ist im BGB. nicht erfolgt. Dies regelt vielmehr das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. So ist in § 167 die Vorschrift enthalten, dass für die Beglaubigung einer Unterschrift zuständig sind die Notare und die Amtsgerichte. Nach § 191 desselben Gesetzes aber bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift ausser den Amtsgerichten und Notaren auch andere Behörden oder Beamte zuständig sind; die im Reichsgesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit angeordnete Zuständigkeit der Amtsgerichte kann wiederum durch Landesgesetz ausgeschlossen werden. Auch das bei der öffentlichen Beglaubigung zu beobachtende Verfahren ist durch Landesgesetz geregelt; wenn dieselbe aber von Gerichten oder Notaren vorgenommen wird, ist § 183 des Reichsgesetzes massgebend sowie die ergänzenden Vorschriften der Landesgesetze.

Nach § 183 des Reichsgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit darf die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung einer Unterschrift nur erfolgen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Richters oder des Notars vollzogen oder anerkannt wird.[3] Die Zuziehung anderer Personen ist nicht

3) Hierzu ist zu bemerken, dass eine öffentlich beglaubigte Erklärung nicht vorliegt, wenn der Anerkennende die auf schrift-

erforderlich, dem Richter oder Notar steht es aber frei, solche zuzuziehen, wenn er dies für notwendig hält, um sich mit dem die Beglaubigung Nachsuchenden verständigen zu können.

Die Beglaubigung geschieht durch einen unter die Unterschrift zu setzenden Vermerk. Die Aufnahme eines Protokolls ist nicht notwendig. Der Vermerk muss die Bezeichnung desjenigen, welcher die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat, enthalten, und den Ort und den Tag der Ausstellung angeben, sowie mit Unterschrift und Siegel oder Stempel des Richters oder Notars versehen sein. Hiernach braucht im Vermerk nicht erwähnt zu werden, ob der Beteiligte die Unterschrift vor dem Richter oder Notar vollzogen oder anerkannt hat, es genügt der einfache Vermerk „Vorstehende Unterschrift des Hans Müller wird beglaubigt."

Berlin, den 1. Januar 1903 Unterschrift
(Siegel oder Stempel) des Richters oder
Notars.

Die Vorschriften des § 183 sind zwingenden Rechts; ihre Nichtbeobachtung macht die Beglaubigung nichtig.

---

lich abgefasster Erklärung befindliche, von fremder Hand herrührende Namensunterschrift als die seinige anerkennt. Denn unter der von § 129 geforderten schriftlichen Abfassung der Erklärung ist eine dem § 126 des BGB. entsprechende Urkunde zu verstehen, und diese muss nach § 126 von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Ist die Urkunde von fremder Hand unterschrieben, so liegt eine schriftlich abgefasste nach § 129 erforderliche Erklärung nicht vor, und infolgedessen keine öffentliche Beglaubigung. So mit Recht Goldmann-Lilienthal I S. 165 Anm. 56. Dagegen Hölder I Anm. zu § 129.

Im Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit ist nichts darüber bestimmt, ob der Richter oder Notar befugt ist, sich von dem Inhalt der zu unterzeichnenden Urkunde Kenntnis zu verschaffen. Für die Beantwortung dieser Frage sind also die Landesgesetze massgebend. Das preussische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit hat im Art 60 die Bestimmung getroffen, dass der Richter oder der Notar ohne Zustimmung der Beteiligten nicht befugt ist, von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis zu nehmen.

Die Beglaubigung der Unterschrift macht nicht die ganze Urkunde zu einer öffentlichen im Sinne des § 415 der CPO. Die Tätigkeit des Richters oder des Notars bezieht sich bei der Beglaubigung nur auf die Unterschrift, nicht auch auf die darüber stehende Erklärung des Beteiligten. Deshalb hat nur der Beglaubigungsvermerk den Charakter einer öffentlichen Urkunde.

§ 9.

Öffentliche Urkunde.

Die Abgabe einer Willenserklärung hat zu erfolgen in der Form der öffentlichen Urkunden in den Fällen der §§ 1718 und 1720 des BGB.[1] Unter

1) § 1718. Wer seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkennt, kann sich nicht darauf berufen, dass ein Anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe.

§ 1720. Der Ehemann der Mutter gilt als Vater des Kindes, wenn er ihr innerhalb der in § 1717 Abs. 2 bestimmten Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, dass es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

der „öffentlichen Urkunde“ ist eine solche zu verstehen, die den Erfordernissen des § 415 der CPO. entspricht. Die Zuständigkeit für die Aufnahme dieser Urkunden ist im § 167 des Reichsgesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit den Amtsgerichten und den Notaren zugewiesen; für die Aufnahme dieser Urkunden ist, wenn die Anerkennung der Vaterschaft bei der Anzeige der Geburt des Kindes oder bei der Eheschliessung seiner Eltern erfolgt, auch der Standesbeamte zuständig, welcher die Geburt oder die Eheschliessung beurkundet. Landesgesetzlich können aber auch andere Behörden oder Beamte mit der Aufnahme derartiger Urkunden betraut werden (§ 191 des RG.).

§ 10.

Folgen der Formvernachlässigung.

A. Um seinen Vorschriften über die Anwendung vorgeschriebener Formen für die Abgabe von formellen Willenserklärungen Geltung zu verschaffen, stehen dem Gesetzgeber verschiedene Zwangsmittel zur Verfügung. Manche von ihnen betreffen nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern nur diejenigen, denen die Wahrung der Formvorschriften obliegt. Das sind blosse Ordnungsvorschriften, bei welchen durch Androhung von Strafen und anderen Nachteilen die Parteien und amtlichen, mitwirkenden

---

Erkennt der Ehemann seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde an, so wird vermutet, dass er der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe.

Personen zur Beobachtung der Form angehalten werden. Hierzu gehört z. B. die Vorschrift des § 1318 des BGB., wonach der Standesbeamte bei der Eheschliessung in Gegenwart von zwei Zeugen an die Verlobten einzeln und nacheinander die Frage richten soll, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und, nachdem die Verlobten die Frage bejaht haben, aussprechen soll, dass sie kraft dieses Gesetzes nunmehr rechtmässig verbundene Eheleute seien. (Vgl. auch §§ 2237, 2242, Satz 3, 2245, Abs. 2, Satz 2, 2246); hierzu gehört auch die Vorschrift des § 173 des RG. über freiwillige Gerichtsbarkeit, wonach bei der Beurkundung von Willenserklärungen gewisse Personen nicht mitwirken sollen, sowie die Strafen, die für Verletzung der Stempelvorschriften — Reichsstempelgesetz vom 17. April 1894, §§ 3, 19, 26 — angedroht sind. Wie aber schon in § 1 dieser Abhandlung hervorgehoben ist, kann das Gesetz den Formvorschriften dadurch schärfere Sanktion verschaffen, dass es den in nicht vorgeschriebener Form abgegebenen Willenserklärungen die Klagbarkeit versagt. Die die Form entbehrende Willenserklärung erzeugt keine Klage. Das durch sie begründete Rechtsgeschäft ist gültig, die freiwillige Leistung ist gestattet, und wenn beiderseits erfüllt worden ist, so findet keine Rückforderung des Geleisteten statt, das Rechtsgeschäft aber kann nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Durch Versagung der gerichtlichen Hülfe wird auf die Parteien der Druck ausgeübt, die Willenserklärung unter Wahrung der betreffenden Form abzugeben. So

verfährt z. B. das ALR. bei Verträgen, die schriftlich errichtet werden müssen. Im I. 5 § 155 ist die Vorschrift enthalten: „ist in den Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe bloss mündlich geschlossen, und noch von keinem Teile erfüllt worden, so findet daraus keine Klage statt".

Der grösste Nachteil infolge der Formvernachlässigung besteht darin, dass die die Form ermangelnde Willenserklärung die mit ihr beabsichtigte rechtliche Wirkung nicht ausüben kann, dass das Rechtsgeschäft nichtig ist.

Schon das gemeine Recht betrachtete das Rechtsgeschäft als nichtig, wenn die Willenserklärung nicht in vorgeschriebener Form abgegeben worden war, insoweit nicht ein anderes anzunehmen war.[1] Das BGB. hat sich im Allgemeinen für die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte entschieden, wenn die betreffende Willenserklärung der vorgeschriebenen Form entbehrt: § 125, Satz 1 lautet: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig". Trotz dieser kategorischen Vorschrift tritt nach dem BGB. nicht immer die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ein, wenn die Willenserklärung der vorgeschriebenen Form ermangelt. Auch die Vorschrift des § 125 gilt nur im Zweifel, denn wenn erkennbar, dass das die Form bestimmende Gesetz etwas anderes will, so wird es dabei sein Bewenden haben.[2]

1) Windscheid-Kipp I § 72 Anm. 2; Bekker System II § 93 hh.

2) So Kipp bei Windscheid I Anm. zum § 72. Vgl. auch Dernburg I S. 408 III. Im Falle des § 566 — wenn ein der

Der zweite Satz des § 125 lautet:

„Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Formen hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge". Dieser Satz enthält eine Auslegungsregel. Es soll die Nichtigkeit des der Form ermangelnden Rechtsgeschäfts im Zweifel, also erst dann eintreten, wenn es den Umständen nach nicht anzunehmen ist, dass die Parteien mit der Einhaltung der Form etwas anderes wollten, z. B. dass die Wahrung der Form nur zur Sicherung des Beweises dienen soll, im übrigen, dass die Gültigkeit des Geschäfts von der Form desselben unberührt bleiben soll (vergl. hierzu die Entsch. des OLG. Bamberg, Warneyer, Jahrbuch 2. Jahrgang, S. 12). Diese Auslegung trifft das Gesetz in richtiger Erwägung, dass gewöhnlich die Parteien mit der Formvereinbarung dasselbe bezwecken, was der Gesetzgeber mit gesetzlich vorgeschriebener Form bezweckt, und dass infolgedessen auch dieselben Folgen der Formvernachlässigung eintreten sollen.

Die rechtsgeschäftliche Bestimmung der Beobachtung gewisser Formen erfolgt gewöhnlich durch Vertrag, aber es ist möglich, dass sie auch durch letztwillige Verfügung angeordnet ist, vorausgesetzt, dass das Rechtsgeschäft, für welches die Form bestimmt werden soll, überhaupt der Dispositions-

schriftlichen Form bedürftiger Mietsvertrag über ein Grundstück (das ist derjenige, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird) ohne Beobachtung der Form geschlossen wird, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es tritt also nicht die Nichtigkeit des Vertrages ein.

befugnis des letztwillig Verfügenden untersteht.[3] Hierbei kann es sich um zweierlei handeln. Entweder ist die Bestimmung der Form durch einen Vorvertrag so getroffen, dass ein anderer Vertrag (Hauptvertrag) in bestimmter Form abgeschlossen werden muss, oder die Bestimmung der Form ist durch Vertrag oder letztwillige Verfügung dahin getroffen, dass gewisse von den Parteien oder einer derselben in Zukunft vorzunehmende Rechtsgeschäfte, z. B. Kündigung, Änderung des Vertrages unter Wahrung vorgeschriebener Form vorgenommen werden müssen. In beiden Fällen tritt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ein, wenn die vorgeschriebene Form bei Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht beobachtet ist. Indes sowohl der Vorvertrag, in welchem für den Hauptvertrag die Beobachtung einer Form bestimmt ist, als der Vertrag, durch welchen für gewisse einseitige Rechtsgeschäfte (z B. Kündigung) eine Form angeordnet ist, können aufgehoben werden, ohne dass es dabei einer Form bedarf, ausgenommen, wenn auch für die Aufhebung eine Form vereinbart ist. Dann ist der formfrei geschlossene Hauptvertrag gültig, das einseitig vorgenommene Rechtsgeschäft wirksam.[4]

Ist gesetzlich für das Zustandekommen eines Vertrages die Beobachtung gewisser Formen vorgeschrieben, so muss der Vorvertrag, wodurch die Parteien sich verpflichten, den Hauptvertrag zu

3) So Staudinger I S. 371.

4) Die Aufhebung der Formvereinbarung kann z. B. auch darin liegen, dass die Parteien das Geschäft, welches formbedürftig sein soll, trotz Formmangels vollziehen.

schliessen, in derselben Form geschlossen werden. Sonst ist der Vorvertrag nichtig.[5] Nach Planck's Meinung,[6] der beizupflichten ist, liegt das Verhältnis anders, wenn es sich um zwei selbständige Verträge verschiedener Art handelt, wenn also z. B. eine obligatorische Verpflichtung zum Abschluss eines dinglichen Vertrages, z. B. zur Übertragung des Eigentums, eingegangen wird. In diesem Falle bezieht sich die für den dinglichen Vertrag gegebene Formvorschrift nicht auf den obligatorischen Vertrag. Dass die für den Hauptvertrag vorgeschriebene Formvorschrift sich auf den Vorvertrag erstrecken muss, ergibt sich von selbst aus dem Zweck, welcher durch die Beobachtung der Form erreicht werden soll, wenn auch dies im Gesetze ausdrücklich nicht angeordnet ist, noch der Gesetzgeber diese Frage besonders regeln wollte. (Vgl. Motive I, S. 184. Vgl. hierzu Staudinger S. 422, 423). Es ist ganz richtig, was Planck in dieser Hinsicht ausführt, dass die Formvorschrift, die für den Hauptvertrag vorgeschrieben ist, illusorisch wäre, wenn sie nicht auch auf den Vorvertrag bezogen würde. Denn dann könnte der auf den Vorvertrag sich berufende Kontrahent vom Gegenkontrahenten die Erfüllung, also den Abschluss des Hauptvertrages verlangen, wozu der letztere im Weigerungsfalle verurteilt werden müsste, und gemäss § 849 CPO. würde das Urteil die nicht erfolgte Abgabe der formellen

5) So auch Goldmann-Lilienthal I S. 122 Z. 3; Cosack I S. 307; Rehbein I S. 159. Ebenso OLG. Frankfurt, vergl. Neumanns Jahrbuch 1904 S. 59.

6) Planck S. 228 Z. 6.

Willenserklärung des Schuldners ersetzen, wodurch der formbedürftige Vertrag als abgeschlossen betrachtet werden müsste. (Vgl. hierzu RG. in Neumanns Jahrbuch 1904 S. 59, welcher in demselben Sinne entschieden hat).

Wenn die Parteien im Vorvertrage für den Abschluss des Hauptvertrages eine Form vereinbaren, so braucht natürlich der Vorvertrag nicht in der für den Hauptvertrag bestimmten Form abgeschlossen zu werden, wenn nicht im Vorvertrage selbst für seine Gültigkeit eine bestimmte Form vorgesehen ist. Vielmehr kann aus formfreiem Vorvertrage die Klage auf Errichtung des formbedürftigen Hauptvertrages erhoben werden.[7]

Was die Frage über Punktation anbelangt, so gilt hierüber folgendes:

Das BGB. regelt nicht besonders den Begriff der Punktation, welcher überhaupt vieldeutig und unklar ist.[8] Dennoch sind nach dem BGB. folgende Möglichkeiten gegeben:[9]

a) Es liegt eine unterzeichnete Aufzeichnung der zwischen den Parteien erfolgten Vereinbarung vor, welche alle nach dem Gesetz oder Parteierklärung wesentlichen Punkte enthält, bei der aber die Parteien eine Wiederholung der schriftlichen Beurkundung in korrekterer Fassung vorbehalten haben. Hier ist der Vertrag durch die Punktation wirksam geschlossen;

b) es liegt eine schriftliche, unterzeichnete Feststellung der erfolgten Einigung über wesentliche

7) Siehe Endemann I S. 306 Anm. 33.

8) Vgl. Motive I S. 182; Endemann I S. 610 Anm. 2.

9) So Goldmann-Lilienthal 2. Aufl. S. 169.

Vertragspunkte vor, die Vereinbarung von Nebenpunkten ist vorbehalten. Hier greift die Vorschrift des § 154, Abs. 1 Satz 2 ein, nach welcher die Verständigung über einzelne Punkte auch dann nicht bindend ist, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat. Der beabsichtigte Vertrag ist also trotz der Punktation nicht abgeschlossen;

c) es liegt die Aufzeichnung eines dem Inhalte nach völlig vereinbarten, aber einer strengeren Form bedürftigen Vertrages vor (z. B. die schriftliche dem § 126 entsprechende Urkunde, während gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich ist). Solche Punktation ist nach § 125, Satz 1 nichtig, wenn die mangelnde Form gesetzlich vorgeschrieben ist. Nach Satz 2 § 125 gilt dasselbe auch dann, wenn die fehlende Form durch Rechtsgeschäft bestimmt ist, falls sich aus dem die Form bestimmenden Rechtsgeschäfte nicht ergibt, dass auch die Punktation wirksam sein soll.

Es kann manchmal vorkommen, dass bei einem formbedürftigen Rechtsgeschäft die Parteien gewisse Nebenabreden getroffen haben, dass aber für dieselben die für das Rechtsgeschäft erforderliche Form nicht gewahrt worden ist. Dann entsteht die Frage, ob diese Nebenabreden wirksam sind? Hierbei ist zu unterscheiden a) dass für das betreffende Rechtsgeschäft gesetzlich die Wahrung der Form vorgeschrieben ist. In diesem Falle gilt die Formvorschrift für das Rechtsgeschäft als ein Ganzes, d. h. mit allen Nebenabreden, die sich auf das

Rechtsgeschäft beziehen, nicht etwa nur für seine wesentlichen Bestandteile. Auch die Nebenabreden müssen in vorgeschriebener Form erfolgen, sonst sind sie nichtig. Da aber die Nebenpunkte die Teile des Rechtsgeschäftes sind, so ist in diesem Falle das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne eine Vereinbarung über die der Form ermangelnden Nebenpunkte vorgenommen sein würde — § 139 BGB. Bei Verträgen ist im Zweifel zum Vertragsschlusse erforderlich, dass sich die Parteien über alle Punkte des Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll — § 154. Abs. 1, also auch über gewollte Nebenabreden. Diese Einigung ist aber nicht vorhanden, wenn sie nicht in vorgeschriebener Form erfolgt ist. Wenn also die Nebenabreden der für den Vertrag erforderlichen Form ermangeln, dann kommt in der Regel der Vertrag nicht zu Stande. Ist nach den Umständen des einzelnen Falles anzunehmen, dass der Vertrag geschlossen sein soll (§ 155), so sind die der Form entbehrenden Nebenabreden nichtig; b) auch wenn die Form rechtsgeschäftlich bestimmt ist, gilt im Zweifel die Regel, dass alle zu treffenden Bestimmungen der Form bedürftig sind. Die Folge davon ist, dass die der Form entbehrenden Nebenabreden nichtig sind, und infolgedessen das ganze Rechtsgeschäft wie oben unter a) dargestellt ist. Es kann aber der Wille der Parteien sein, was natürlich aus den Umständen

zu entnehmen ist, dass auch die formermangelnden Nebenabreden wirksam sein sollen.[10]

Die Folgen der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte wegen der Formvernachlässigung sind dieselben, die überhaupt mit der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte verbunden sind. Die Rechtsordnung betrachtet das Geschäft schlechthin als nicht existierend, die mit der Vornahme des formermangelnden Rechtsgeschäftes gewollte Wirkung tritt nicht ein. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes kann nicht nur von den an ihm Beteiligten, sondern auch von Dritten geltend gemacht werden,[11] und was zur Erfüllung des Rechtsgeschäftes geleistet ist, kann nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 1812 ff.) zurückgefordert werden. Im Falle der rechtsgeschäftlich vereinbarten Form kann es vorkommen, dass in der Erfüllung des formermangelnden Vertrages und deren Annahme ein Abgehen der Vertragschliessenden von der Formvereinbarung liegt, was nach den Umständen des Falles zu beurteilen ist, und dann ist natürlich die Zurückforderung des

10) Siehe Goldmann-Lilienthal 2. Aufl. S. 168; Staudinger I S. 371; Endemann I S. 307 Anm. 35; Dernburg I S. 421, 422; Brückner in „Das Recht" 1900 S. 342, 344; Cosack I § 600 II. Abweichend Planck S. 228 Anm. 5.

11) Ausgenommen ist die Nichtigkeit der Ehe infolge des Formmangels. Wenn die Nichtigkeit auf Formmangel beruht und die Ehe ins Heiratsregister nicht eingetragen ist, so kann die Nichtigkeit von jedermann geltend gemacht werden. Ist aber die formermangelnde Ehe ins Heiratsregister eingetragen, so kann die Nichtigkeit nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, welche dem Ehegatten, dem Staatsanwalt und demjenigen Dritten zusteht, für welchen von der Nichtigkeit der Ehe ein Recht oder von der Gültigkeit der Ehe eine Verpflichtung abhängt. Vgl. §§ 1324, 1329 des BGB., 632 der CPO.

Geleisteten ausgeschlossen.[12] Auch entsteht für die Parteien aus dem formfreien und deshalb nichtigen Vertrage kein Recht, den Abschluss des Vertrages in vorgeschriebener Form zu verlangen.

B. Liegt ein infolge des Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form nichtiges Rechtsgeschäft vor, so wird es durch eine formfreie Bestätigung seitens desjenigen, der das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, nicht wirksam. Denn nach § 141, Abs. 1 ist die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts als erneute Vornahme desselben zu beurteilen. Die Bestätigung muss also in der für das zu bestätigende Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form erfolgen. Abweichungen hiervon enthalten § 144, nach welchem die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes der für dasselbe vorgeschriebenen Form nicht bedarf, sowie § 1325, nach welchem die Bestätigung einer nichtigen Ehe wegen Geschäftsunfähigkeit oder Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit eines Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung der für die Eheschliessung vorgeschriebenen Form nicht bedarf. Ist aber rechtsgeschäftlich die Form vereinbart worden, so bedarf die Bestätigung eines infolge des Formmangels nichtigen Rechtsgeschäfts nicht der vereinbarten Form, denn in einer formfreien Bestätigung und deren Annahme liegt ein Abgehen von der vereinbarten Form, und den Parteien ist immerhin gestattet, die Formvereinbarung aufzuheben.[13] Die

12) Vgl. Mot. I S. 183.

13) Ebenso Loewe S. 85. Goldmann-Lilienthal 2. Aufl. S. 155 2 behaupten, dass auch ein wegen Mangels der rechts-

Vollmachtserklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht[14] — § 167, Abs. 2. Ebensowenig ist für die Übertragung eines Rechts die für dessen Begründung vorgeschriebene Form erforderlich.[15] Auch die Zustimmung zu einem formellen Rechtsgeschäft bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form — § 182, Abs. 2.[16][17]

Die Abänderung und die Aufhebung eines formellen Rechtsgeschäfts[18] ist im BGB. nicht besonders geregelt, ausgenommen die Vorschriften über Aufhebung der Testamente und Erbverträge — §§ 2254 ff., 2290 ff., was mit Rücksicht auf die grosse Wichtigkeit dieser Frage zu bedauern ist. Was zunächst die Abänderung eines formellen Rechtsgeschäftes betrifft, so kann man darüben sagen, dass die Abänderung dann formbedürftig ist, wenn sie sich als Vornahme eines Rechtsgeschäftes darstellt, für welches eine Form vorgeschrieben ist, dass sie im übrigen aber auch formfrei erfolgen

---

geschäftlich bestimmten Form nichtiges Rechtsgeschäft durch formlose Bestätigung nicht wirksam wird.

14) Ausnahme in § 1945, nach welchem die Ausschlagung der Erbschaft durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht erfolgt, wobei ein Bevollmächtigter einer öffentlich beglaubigten Vollmacht bedarf.

15) Goldmann-Lilienthal I S. 156, 3 2. Aufl.

16) Ausnahmen enthalten §§ 1516, 1517, 1706, 1730, 1748, 2120 und 2291.

17) Die Ausübung des Wieder- und Vorkaufsrechts bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form — §§ 497, 505, z. B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wenn es sich um eine Liegenschaft handelt — § 313.

18) Vgl. Endemann I S. 307 und Anm. 36, 37; Goldmann-Lilienthal 2. Aufl. S. 162. Jur. Wochenschrift 1900 S. 268, 889.

darf. So z. B. bedarf nach § 311 der Vertrag, durch welchen sich ein Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Wenn also die Parteien übereinkommen, einen hierüber geschlossenen Vertrag insoweit abzuändern, dass nicht das ganze gegenwärtige Vermögen übertragen wird, sondern nur ein Bruchteil dessen, so bedarf diese Abänderung gleichfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Im Falle rechtsgeschäftlich vereinbarter Form ist in erster Linie massgebend der Parteiwille, lässt sich aber dieser nicht feststellen, so ist auch hier die Abänderung dann nur formbedürftig, wenn sie sich als formbedürftige Vornahme eines Rechtsgeschäftes darstellt. — Die Aufhebung der formellen Rechtsgeschäfte kann formfrei erfolgen, nicht nur in den Fällen rechtsgeschäftlich vereinbarter, sondern auch gesetzlich vorgeschriebener Form. So auch das RG. Seufferts Archiv III. Folge B. 3. S. 1 n. 1. Ausnahmen hiervon machen die Aufhebung von Testamenten und Erbverträgen, welche formell erfolgen muss, die Aufhebung der Annahme an Kindesstatt — §§ 1770, 1750, die Aufhebung des Ehevertrages — § 1434, welche bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien vor Gericht oder Notar erfolgen müssen. Dass die formellen Rechtsgeschäfte ohne Formbeobachtung aufgehoben werden können, ist meiner Ansicht nach ziemlich bedenklich. In sehr hohem Masse gelten auch für die Aufhebung von gewissen Rechtsgeschäften dieselben Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen

können, die Begründung dieser Rechtsgeschäfte an Wahrung einzelner Formen zu binden. Wenn die Formvorschriften vor Übereilung schützen, wenn sie als Zeichen des wirklichen Zustandekommens des Rechtsgeschäftes dienen und den Beweis sichern sollen, so gilt dasselbe auch in Bezug auf die Aufhebung der Rechtsgeschäfte. Ist es z. B. nicht bedenklich, den Parteien zu gestatten, einen nach langen Verhandlungen in Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung über die Übertragung des gegenwärtigen Vermögens geschlossenen Vertrag formfrei aufheben zu können? Unter Umständen kann diese Aufhebung von grösserer Bedeutung sein als der Abschluss des Vertrages selbst, und eine Formvorschrift würde hier dieselbe wohltätige Wirkung ausüben, welche der Gesetzgeber vor Augen hatte, als er für den Abschluss dieses Vertrages diese Form vorschrieb. —

An dieser Stelle sei noch kurz erwähnt, dass in Bezug auf Formvorschriften die Regel gilt: locus regit actum. Nach Art. 11 des EG. Abs. 1 Satz 2 genügt es für die Form eines Rechtsgeschäfts die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Ebenso die Regel tempus regit actum. Nach Art. 214 des EG. bleiben für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, die bisherigen Gesetze massgebend. Die Form der Rechtsgeschäfte bestimmt sich also nach den Gesetzen, die zur Zeit ihrer Vornahme gegolten haben. Vgl. auch Art. 214, 217.

§ 11.

Heilung des Formmangels durch Erfüllung.

Im vorigen Paragraphen ist dargelegt worden, dass das Rechtsgeschäft infolge der Versäumung der vorgeschriebenen Form für die Abgabe der Willenserklärung nichtig ist, und dass infolgedessen das auf Grund eines solchen nichtigen Rechtsgeschäftes Geleistete zurückgefordert werden kann. Das ist die strenge Konsequenz aus dem nichtigen Rechtsgeschäft: Erfüllung eines nichtigen Rechtsgeschäftes kann dasselbe nicht zu einem giltigen machen, der in der Erfüllung liegenden formlosen Willenserklärung kommt keine andere Bedeutung zu, als der vorangegangenen, der gesetzlichen Form ermangelnden Willenserklärung.[1] Es besteht nicht einmal die Anstandspflicht, das formfrei abgeschlossene, der Form bedürftige Rechtsgeschäft zu erfüllen, und einer Zurückforderung des Geleisteten steht § 814 nicht entgegen.[2] Hiermit stellt sich das BGB. in Gegensatz zum preussischen ALR. I, 5, §§ 146, 147, 156—167, I, 11, § 1065, I, 14, §§ 243, 411 und zum österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch § 1432, nach welchem die Erfüllung die Form ersetzt. Meiner Ansicht nach hat der Gesetzgeber keine genügende Gründe gehabt, prinzipiell die Heilung des Formmangels durch Erfüllung auszuschliessen.[3] Die Motive a. a. O. heben diesbezüglich hervor, dass der im ALR. und österreichischen Gesetzbuch sich fin-

1) Motive I S. 183.
2) Staudinger I S. 373.
3) Anderer Ansicht ist Loewe S. 86.

dende Grundsatz, dass die Erfüllung die Form ersetzt, durch den Hinweis zu rechtfertigen gesucht wird, dass auf diesem Wege die durch den Formzwang verdrängte Vertragstreue wieder zur Geltung gebracht werde, und behaupten, dass diese Verteidigung ungerechtfertigt ist. Es mag dahingestellt bleiben, ob in Bezug auf diese Frage die Motive oder die angeführten Gesetzgebungen Recht haben. Ich glaube aber, dass man den Grundsatz, dass die Erfüllung den Formmangel heilt, auf andere Weise verteidigen kann, nämlich aus dem Zwecke der Formvorschriften. Dieselben werden nur deswegen getroffen, um gewisse Ziele mit ihnen zu erreichen, wie schon in § 2 dieser Abhandlung dargelegt ist. Dass nach strenger juristischer Auffassung das infolge der Formversäumnis nichtige Rechtsgeschäft durch Erfüllung nicht zu einem gültigen gemacht werden kann, das soll bei Formvorschriften, als Zweckvorschriften keine Rolle spielen. Dadurch, dass das Gesetz ein der Form ermangelndes Geschäft für nichtig erklärt hat, dass die Parteien nicht verpflichtet sind es zu erfüllen, ist ihnen genügend Schutz gewährt gegen Übereilung, damit sind auch andere Vorteile erreicht, die man mit dem Formzwange anstrebt. Wenn aber die Parteien ohne Rücksicht auf Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts dieses erfüllen, dann haben sie offen zu erkennen gegeben, dass sie auf den Schutz des Gesetzes verzichten wollen, durch Erfüllung ist auch genügend erwiesen, dass es sich um ein ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft handelte, und deshalb hat

der Gesetzgeber keinen Grund, diese Erfüllung nicht zu beachten und gegen den Parteiwillen das Rechtsgeschäft auch weiter als ein nichtiges zu betrachten. Mit der Vorschrift, dass das Versprechen, eine Leibrente zahlen zu wollen, schriftlich gegeben werden muss (§ 761), ist erreicht, dass der Versprechende vor Übereilung geschützt, dass der Beweis gesichert, dass die Ernstlichkeit des Versprechens gewährleistet und die Unterscheidung von unverbindlich gemeinten Äusserungen ermöglicht wird. Ist durch Zahlung einer Leibrente auf das mündliche Versprechen hin nicht dasselbe Resultat erreicht? Warum sollte der Versprechende oder sogar sein Erbe das Recht haben, die Nichtigkeit des Formmangels geltend zu machen und das Geleistete zurückzufordern?

De lege lata lässt sich aber mit Rücksicht auf die kategorische Fassung des § 125 nicht leugnen, dass das BGB. auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht. Von Ausnahmen abgesehen heilt nach BGB. die Erfüllung nicht den Formmangel, und diesbezüglich ist Staudinger I, S. 373 zuzustimmen, wenn er behauptet, dass das BGB. kein Konvaleszenzprinzip im Falle der Erfüllung kennt, sondern nur einzelne Konvaleszenzfälle.[4]

Die Ausnahmen von der Regel, dass die Erfüllung den Formmangel nicht heilt, enthalten folgende Paragraphen:

---

4) Vgl. Hachenburg, Vorträge S. 96, welcher behauptet, dass die Erfüllung nicht nur in den vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen den Formmangel heilt, sondern in allen, die eine Form-

a) Nach § 313 bedarf der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Wenn aber auf Grund eines ohne Beobachtung dieser Form geschlossenen Vertrages die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgt ist, so wird der formermangelnde Vertrag seinem ganzen Inhalte nach giltig, d. h. auch mit allen von den Parteien neben oder nach dem Vertrag mündlich oder schriftlich getroffenen Abreden.

b) Zur Giltigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkenntniserklärung. Ist aber die Bewirkung der versprochenen Leistung erfolgt, so wird dadurch der Formmangel geheilt — § 518. Das Schenkungsversprechen von Todeswegen und das schenkweise abgegebene Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis unter der Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, unterstehen den Formvorschriften über Verfügungen von Todeswegen, wenn aber der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht, so kommt es dann darauf nicht an, ob

vorschrift als Warnungsruf enthalten, nämlich in Fällen der §§ 311, 2033 Abs. 1, 761. Dagegen auch Staub Kommentar 2 S. 1097.

beim Versprechen der Schenkung die Form gewahrt ist, sondern der etwa dabei mit unterlaufende Formmangel wird durch Erfüllung des Schenkungsversprechens geheilt — § 2031.

c) Zur Giltigkeit des Bürgschaftsvertrages ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt — § 766.[5]

5) Nach 1154 ist zur Abtretung einer durch Hypothek gesicherten Forderung die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form erforderlich. Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann aber dadurch ersetzt werden, dass die Abtretung ins Grundbuch eingetragen wird. In diesem Falle aber handelt es sich im Grund genommen nicht um eine Formverletzung, da das Gesetz selbst eben zwei Wege zur Wahl stellt. Staudinger I S. 320. Auch nach § 1324 tritt die Heilung der formwidrig geschlossenen Ehe dann ein, wenn die Ehe ins Heiratsregister eingetragen worden war und die Ehegatten nach der Eheschliessung zehn beziehungsweise drei Jahre miteinander gelebt haben. Nur könnte man hier nicht von einer Heilung des Formmangels durch „Erfüllung" sprechen. Vgl. Loewe S. 88 in fine.